

القيسية

بِحُشَاةِ خَيْرِ الْمُسَوِّعَةِ الْفَقْهَةِ الْكُوَيْتَةِ
عَام ١٣٩١ هـ - ١٩٧١ م

الْأُسْتَاذُ الذَّكُورُ / إِبْرَاهِيمَ عَبْدَ الْحَمِيدِ إِبْرَاهِيمَ سِلَامَةَ

الْإِصْدَارُ الرَّابِعُ وَالْعِشْرُونَ
١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م

الوعى الإسلامي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

القِسْمَةُ



وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية
قطاع الشؤون الثقافية

جميع الحقوق محفوظة

استحدث عام ١٤٣٨ هـ - ١٩٦٥ م

الوعي الإسلامي

AL-Waei AL-Islami

مجلة كويتية شهرية جامعة

تصدرها وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - دولة الكويت
في مطلع كل شهر عربي

الطبعة الأولى

١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م

الإصدار الرابع والعشرون

١٤٣٢ هـ - ٢٠١١ م

www.alwaei.com

الموقع على الإنترنت

info@alwaei.com

البريد الإلكتروني

العنوان

ص.ب ٢٣٦٦٧ الصفاة ١٣٠٩٧ - الكويت

هاتف: ٢٢٤٦٧١٣٢ - ٢٢٤٧٠١٥٦ - ١٨٤٤٠٤٤ - فاكس: ٢٢٤٧٣٧٠٩

الإشراف العام

رئيس التحرير

فيصل يوسف أحمد العلي

تصدير

بقلم رئيس تحرير «مجلة الوعي الإسلامي»

الحمد لله الذي مَنَّ علينا بالإيمان والإسلام، وتفضل علينا ببيان الشرائع والأحكام، وأحلّ الحلال وبيّن الحرام، نحمده على ما أفاض علينا من الإنعام، ونشهد أن محمدًا عبده ورسوله سيد الأنام، اللهم صل وسلم على سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه السادة الأعلام.

أما بعد: فإن التفقه في الدين من أفضل القرب وأجل الطاعات. وأول ما تنصرف إليه همم أولي الرغبات، معرفة الحلال والحرام، فالفقه الإسلامي طوى في دواوينه المطبوعة والمخطوطة باكورة خالصة من أعمال الأئمة الفقهاء، وجمع بين دفات الكتب حُصالة فهم الفقهاء لنصوص الكتاب والسنة، وما أجمعت عليه الأمة.

ومن المعلوم أن فقه المعاملات المالية من أخطر الأبواب وعورة، وأشدّها ممارسة، لذلك كان من المهم جدًّا أن يستقلَّ فيها بمؤلفات وافية، حاوية للمنقول عن المذاهب المتبوعة، مشفوعة بالآراء المتأخّرة والمعاصرة.

وهذا الكتاب الذي نُصدره اليوم «بحث القسمة» من أرصنِ البحوث المعاصرة في باب خطير من الأبواب الفقهية، كتبه خبير في هذا الفن، وبين في المقارنة بين الشريعة والقانون، وقد حرص فيه على الدقة في النقل، والأمانة في التصوير، والنزاهة والورع في الأحكام.

ومن أهم ما يميز هذا البحث تفصيله الممتع المفيد في ماهية القسمة، وطبيعتها،

وخلاف الأئمة الفقهاء في شتى تفاصيلها وجزئياتها، إضافة إلى ترجيح وتقويم في بعض المسائل، من باب زيادة الفهم والإيضاح، ولا يمكن لقارئ البحث بعد أن ينتهي منه إلا أن يثور إعجابه بقلم السيد المعد للبحث ومراجعته، وهو صاحب الفضيلة خبير الموسوعة الفقهية الكويتية عام (١٣٩١هـ / ١٩٧١م):

الدكتور إبراهيم عبد الحميد إبراهيم سلامة.

وفي الختام، هذا إصدار جديد، تنال مجلة «الوعي الإسلامي» شرف طباعته وإخراجه للناس كافة، وللمهتمين بالفقه المالي على وجه الخصوص، والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

رئيس التحرير

فيصل يوسف العلي



الاصطلاحات والرموز

- ١ - إذا ذكر حكم غير معزو لمذهب ، وغير مصرح بأنه متفق عليه فالمراد أنه حكم المذهب الحنفى .
 - ٢ - حرف الراء بعدها نقطتان في العزو هكذا (ر :) هو فعل أمر من الروية ، بمعنى : انظر .
 - ٣ - الرقمان بينهما خط مائل بعد اسم كتاب في العزو هكذا ٢٤ / ٣ يكون الرقم الأول للجزء ، والثانى للصفحة . وفي العزو إلى صفحات أو فقرات عديدة متتالية يكتب بذكر الرقمين الأول والأخير مع خط أفقى بينهما للدلالة على أن مابين الرقمين من صفحات أو فقرات مشمول بالعزو .
 - ٤ - حين يتكرر العزو إلى كتاب ويذكر معه كلمة (أيضاً) فالمقصود المكان نفسه السابق الذكر من ذلك الكتاب .
 - ٥ - حرف الفاء المتلو بخط مائل ورقم هكذا ف / ٢٧ في الإحالة والعزو هو رمز إلى الفقرة ذات الرقم المذكور .
- مثال على كل ما تقدم من الرموز : (ر : ف / ١٥ والبدائع ٢٤ / ٣ - ٢٩)
- أى : انظر الفقرة / ١٥ من هذا الموضوع ، والصفحات من ٢٤ حتى ٢٩ من الجزء ٣ من كتاب البدائع .

ملاحظة :

قد يرى في هذه الطبعة التمهيدية إحالات في أحد الموضوعات على بعض موضوعات أخرى ، دون تحديد رقم الفقرة من الموضوع المحال عليه ، بل يوضع في محل رقم الفقرة المحال عليها نَقْط . وسبب ذلك كسوف الموضوع المحال عليه لم تم كتابته بعد ، فلا يمكن تحديد رقم الفقرة المحال إليها .

بسم الله الرحمن الرحيم

مخطط تفصيلي لبحث

القسمة

يقع في ستة فصول

الفصل الأول

تمهيديات

وفيه ثلاثة فروع

الفرع الأول

٢٨ - ١ تعريف القسمة وتكييفها

وفيه مطلبان

المطلب الأول

٦ - ١ تعريف القسمة وشرحه وتمثيله

المطلب الثاني

٢٨ - ٧ تكيف القسمة وآثاره

وفيه شعبتان

١١ - ٧ الشعبة الأولى : هل القسمة بيع أو مخض تمييز حقوق

٢٨ - ١٢ الشعبة الثانية : الآثار المترتبة على الخلاف في تكيفها

الفرع الثاني

٣٢ - ٢٩ المشروعية وحكمتها

وفيه مطلبان

المطلب الأول

٣١ - ٢٩ مشروعية القسمة

المطلب الثاني

٣٢

حكمة المشروعية

الفرع الثالث

٣٣ - ٩٥

تقسيم القسمة

وفيه ثلاثة مطالب

المطلب الاول

٣٣ - ٤٠

تقسيم القسمة باعتبار الحاجة الى التقويم وعدمه

٣٤

قسمة الاقرار :

٣٥

قسمة التعديل

٣٦ - ٤٠

قسمة الرد

المطلب الثاني

٤١ - ٩٠

تقسيم القسمة باعتبار ارادة المتقاسمين

٤١

قسمة التراخي :

٤١ - ٤٣

قسمة الاجبار :

٤٤ - ٧٢

شريطة الاجبار :

٧٣ - ٩٠

ملحق : ما يعتبر متجانسا :

٧٤ - ٧٨

قسمة الدور :

٧٩ - ٨٢

قسمة الاراضي

٨٣ - ٨٦

قسمة الحيوان :

٨٧ - ٨٩

قسمة الثياب والاولى ونحوها

٩٠

قسمة الجواهر :

المطلب الثالث

٩١ - ٩٥

تقسيم القسمة باعتبارين آخرين

الشعبة الاولى

٩١ - ٩٤

تقسيم القسمة باعتبار وحدة المحل وتعدد

٩١

١ قسمة الجمع :

٩٢ - ٩٤

٢ قسمة التفريق :

الشعبة الثانية

٩٥

تقسيم القسمة باعتبار طبيعة المحل أو ارادة المتقاسمين

١ - قسمة أعيان ٢ - قسمة منافع

٩٥

الفصل الثاني

٩٦ - ١٥٤

مقومات القسمة

الفرع الأول

٩٧ - ١١٤

القاسم

المطلب الأول

٩٨ - ١١٤

شرائط القاسم

٩٨

الأولى - العقل

٩٩

الثانية - الملك أو الولاية

١٠٠

نفوذ القسمة بالأجازة

١٠١

اشتراط طلب القسمة

١٠٢ - ١٠٤

ماليس شريطة

١٠٥ - ١١٢

شرائط قاسم الحاكم

١٠٦

الشريطة الأولى : العدالة

١٠٧

الشريطة الثانية : الحرية

١٠٨

الشريطة الثالثة : الذكورة

١٠٩

الشريطة الرابعة علمه بالقسمة

١١٠ - ١١١

الشريطة الخامسة : تعدده

١١٢ - ١١٤

الشريطة السادسة : نزاهته وعفته

المطلب الثاني

١١٥ - ١٢٢

أجرة القاسم

١١٥ - ١١٨

الطرف الأول : على من تكون

١١٩ - ١٢٢

الطرف الثاني : كيف توزع

الفرع الثاني

١٢٣ - ١٤٧

المقسوم له

شرائطه

١٢٣ - ١٢٤

الشريطة الأولى : طلب الشركاء أو بعضهم

١٢٥ - ١٢٨

الشريطة الثانية انتفاء الضرر

١٢٩ - ١٤٠

الشريطة الثالثة : البيئة على ارث العقار المدعى ارثه

١٤٦ — ١٤١
١٤٧

الشريعة الرابعة : رضا الشركاء أو من يقوم مقامهم
الشريعة الخامسة : حضور الشركاء أو من ينوب عنهم

الفرع الثالث

١٥٤ — ١٤٨

المقسوم

١٥٤ — ١٤٨

شروطه

١ — اتحاد الجنس

٢ — اتحاد صنف المنقولات

٣ — زوال العلة بالقسمة

٤ — أن لا تنقص القسمة قيمة المقسوم

٥ — تمنع أفراد كل صنف بالقسمة

٦ — عدم الجمع بين نصيبين

٧ — عدم الرد

١٤٩

الشريعة الثامنة : أن يكون المال المشترك عينا أو منفعة

١٥٠

الشريعة التاسعة : أن يكون المال المشتري قابلا للقسمة

١٥٢ — ١٥١

الشريعة العاشرة : أن يكون المقسوم مملوكا للشركاء عند القسمة

١٥٣

الشريعة الحادية عشرة : حضور المقسوم أو وصفه

١٥٤

الشريعة الثانية عشرة : عدم الشرط الحرام

الفصل الثالث

١٨٧ — ١٥٥

قسمة الأعيان

الفرع الأول

١٥٩ — ١٥٧

قسمة العقار

المطلب الأول

١٥٩ — ١٥٧

إلى ماذا تنوع قسمته

المطلب الثاني

١٧٣ - ١٦٠

كيف يقسم

كيفية القسمة من حيث كونها بقرعة وبغير قرعة وشرائط القرعة عند الملكية

١٦١ - ١٦٠

الطرف الاول :

١٧١ - ١٦٢

الطرف الثاني : القرعة : مشروعتها ومقدماتها وكيفيةها

١٦٢

أولا : مشروعتها

١٦٦ - ١٦٣

ثانيا : مقدماتها

١٧١ - ١٦٧

ثالثا : كيفية القرعة

١٧٣ - ١٧٢

تنبيهان : في أقسام المقسومات

واجابة من طلب أن يكون نصيبه الى جوار أرضه

الفرع الثاني

١٧٦ - ١٧٤

المنقول المتشابه

المطلب الاول

١٧٥

الى ماذا تننوع قسمته

المطلب الثاني

١٧٦

كيف يقسم

الفرع الثالث

١٧٧

المنقول غير المتشابه

الفرع الرابع

١٨٧ - ١٧٨

مسائل ذات اعتبارات خاصة

١٨١ - ١٧٨

المسألة الاولى : قسمة عين واحدة لاتقبل القسمة

- المسألة الثانية : عين الماء ١٨٢
- المسألة الثالثة : الاختلاف في رفع الطريق ومقداره ١٨٢ — ١٨٤
- المسألة الرابعة : الطلو والسفل لبیت أو بیتین متلاصقين ١٨٥ — ١٨٧

الفصل الرابع

- الآثار المترتبة على قسمة الأعيان ١٨٨ — ٢٠١
- أولا — لزوم القسمة ١٨٨ — ١٩٠
- ثانيا — استقلال كل واحد بملك نصيبه والتصرف فيه ١٩١ — ١٩٣
- ثالثا — طريق الغير أو مسيله لا يدخل في القسمة ولا يمنحها ١٩٤
- رابعا — أحداث ابواب ونوافذ في السكة المشتركة ١٩٥
- خامسا — الارتفاق القديم يستمر مالم تشترط ازالته ١٩٦
- سادسا — الأشجار والابنية تابعة للأرض ١٩٧
- سابعا — الزرع والفاكهة ليسا من توابع الأرض ١٩٨
- ثامنا — البناء أو الفراس غير المشترك الذى يقع في نصيب غير واضحه ١٩٩ — ٢٠١

الفصل الخامس

- أحكام الطوارئ ٢٠٢ — ٢٣٠

وفيه ثلاثة فروع

الفرع الأول

- الغبن ٢٠٢ — ٢٠٨

الفرع الثانى

- العيب ٢٠٩ — ٢١٤

الحالة الأولى : ان يكون العيب في أكثر النصيب ٢١١

الحالة الثانية : ان يكون العيب في النصف فأقل ٢١٢

تنبيهه : مما يفوت به النصيب ٢١٣

الفرع الثالث

الاستحقاق

٢٢٤ — ٢١٥

٢١٨ — ٢١٦

٢٢٠ — ٢١٩

٢٢١

٢٢٤ — ٢٢٢

الحالة الأولى : استحقاق بعض معين من نصيب واحد

الحالة الثانية : استحقاق بعض معين من النصيبين

الحالة الثالثة : استحقاق بعض شائع في نصيب واحد

الحالة الرابعة : استحقاق بعض شائع من النصيبين

ملحق

٢٣٠ — ٢٢٥

ظهور دين أو ارث أو وصية

٢٣٦ — ٢٢٥

أ - ظهور وارث أو موصى له بجزء شائع من التركة

٢٣٩ — ٢٢٧

ب - ظهور دائن للميت أو موصى له بمقدار مُرْسَل

٢٣٠

تنبيهات لحنفية

الفصل السادس

قسمة المنافع (المهايأة)

* * *

المهايأة

(قسمة المنافع)

١

تعريف المهايأة

الفرع الأول

٢

مشروعية المهايأة

الفرع الثاني

١٤ — ٣

متي تكون المهايأة ؟

٥ — ٤

محل المهايأة

١٤ — ٦

التراضي والاجبار

الفرع الثالث

١٥ - ١٩

كيفية المهياة

١٥

المهياة الزمانية

١٦ - ١٩

المهياة المكانية

الفرع الرابع

٢٠ - ٢٧

الآثار المترتبة على المهياة

٢٠ - ٢١

أولا - عدم لزومها

٢٢

ثانيا - أنها لا تنتهي بموت أحد الشريكين أو كليهما

٢٣

ثالثا - أنها تنتهي بتلف العين

٢٤

رابعا - أنه لاضمان اذا انتهت بغير فسخ

٢٥

خامسا - اختصاص كل شريك بالتصرف فيما وقع له بالمهياة

٢٦

حق الاستغلال .

٢٧

سادسا أنه لاضمان للنقص بالاستعمال

القسم بين النساء» فان هذا قاصر على تمييز الانصباء ، وسيأتي انه المعنى الشرعي للقسمة ، فيكون المعنيان اللغوي والشرعي سواء : وقد أقره كثير من أهل العلم^(١) والاصل في المعنى اللغوي أن يكون أعم ، وهو هنا أيضا جار على أصله ، كما رأيناه في كلام صاحب المصباح ، وليس به من خفاء [:

٢ - القسمة شرعا : جمع نصيب شائع في معين : أي في نصيب معين : هكذا عرفها صاحبا الكثر والكفاية من الخفية^(٢) . وانما كانت جمعا للنصيب بعد تفرق ، لأنه كان قبل القسمة موزعا على جميع أجزاء المشترك - ما من جزء مهما قل إلا ولكل واحد من الشركاء فيه بنسبة ماله في المجموع الكلي - ثم صار بعد القسمة منحصرًا في جزء معين لا تتخلله حقوق أحد من بقية الشركاء - ولو كانت الجزئية باعتبار الزمان ، كما في المهالبة الزمانية .

[وهو يساوي تماما تعريف المالكية إذ يقولون : « هي تصيير مشاع ، من مملوك مالكين فأكثر ، معينة - ولو باختصاص تصرف فيه - بقرعة أو تراض » . ومثال اختصاص التصرف أن يتصرف هذا في دار ، وهذا في دار ، مع بقاء الشركة في الدارين . فانت ترى المالكية مصرحين - عن طريق هذه الغاية « ولو باختصاص تصرف فيه » بأن قسمة المهالبة من مشتملات التعريف ، كما أشرنا آنفا . فمن الخطأ قصره على قسمة الأعيان - وان غبرت صيغته ابتغاء الإيجاز أو الايضاح : كما فعل محررو المجلة الدلية إذ قالوا : « القسمة هي تعيين الحصة الشائعة » . وقد تورط في هذا الخطأ - تبعًا لملا مسكين وأبي السعود - الاتاسي في شرح المجلة ؛ وغرهم أنهم وجعلوا الفقهاء يذكرون للمهالبة تعريفا مستقلا ! مع أن هذا شأن كل نوع تحت جنس . ونص عبارته :

((القسمة))

الكلام في القسمة يقع في ستة فصول :

الفصل الاول

تمهيدات

وفيه ثلاثة فروع :

الفرع الاول

تعريفها وتكييفها

وفيه مطلبان :

المطلب الاول

تعريف القسمة ، وشرحه ، وتمثيله

١ - القسمة لغة : هي النصيب ؛ وجعل الشيء أو الأشياء أجزاء أو ابعاضا متميزة ؛ سواء أكان ذلك لمجرد تفريق الأجزاء أو الأبعاض ، أم لمعرفة ما في المقسوم من أمثال المقسوم عليه ، كما في القسمة الحسابية ، أم بقصد تعيين الانصباء ، تساوت أم تفاوتت .

ولذا يقول صاحب المصباح المنير « قسمته قسما ، من باب ضرب ، وفرزته أجزاء فانقسم ؛ والموضع مقسم ، مثل مسجد ؛ والفاعل قاسم ؛ وقسام مبالغة ؛ والاسم القسم (بالكسر) ثم أطلق على الحصة والنصيب ، فيقال : هذا قسمي ؛ والجمع أقسام ، مثل حمل وأحمال ؛ واقتسموا المال بينهم ؛ والاسم القسمة ، واطلقت على النصيب أيضا » .

وهو يريد بقوله « والاسم : القسمة » أنها اسم مصدر . [وكلامه أدق وأشمل مما عند صاحب « المغرب » إذ يقول : « قسم القسام المال بين الشركاء فرقه بينهم وعين أنصباءهم ، ومنه

(١) نهضة المحتاج ٢٦٩/٨ والتجريد المقيد ٣٦٨/٤ وتطبيق

الشيخ عوض على الاتفاق للخطيب ٢٧١/٢

(٢) البحر الرائق ١٦٧/٨ وفتح القدير ٢٢٧/٨

— لعلها القسمة — بالسهام^(٥)، على أن أشهب يميز الجمع مطلقاً^(٦) ومثله قول صاحب البدائع من الحنفية : « وينبغي ألا يضم بعض الأنصباء إلى بعض ، إلا إذا رضوا بالضم ، لأنه يحتاج إلى القسمة ثانياً »^(٧) فان معناه أنه إذا أراد بعض الشركاء بقاء شركتهم فذلك لهم ، ويقسم لغيرهم ممن يريدون القسمة . ونجد في مباحث الاستحقاق مثلاً آخر^(٨) وهو يؤخذ من قول الشافعية : « ان وكل شريكاً له على أن يكون نصيبهما جزءاً واحداً جاز ، لأنه يحتاج لنفسه ولوكله »^(٩) ومن تصويرهم الشفعة في القسمة — بناء على أنها بيع — بما إذا تقاسم شريكاً ثالثاً حصتيهما وتركاه حصته مع أحدهما برضاه^(١٠) ومن قولهم : « لو أراد جمع من الشركاء بقاء شركتهم ، وطلبوا من الباقي أن يتميزوا عنهم بيجاب ، ويكون حق المتفقين متصلاً ، فان كان نصيب كل لو انفراد لم ينتفع به أجيبوا »^(١١).

٤ — و يلتقي مع هذا كله ما يقرره شراح القانون المدني المصري من أن القسمة تفرز نصيب كل واحد من الشركاء ، أو بعض منهم بعينه واحداً أو أكثر ، في جميع المال أو في بعضه^(١٢) بل لقد أثبت الحنفية القسمة في بعض المال المقسوم دون بعض — حتى في قسمة الاجبار إذا لم يكن من ذلك بد : كما قالوه في قسمة ثلاثة أثواب بين اثنين يأخذ كل ثوباً لا يساوي ثوب صاحبه

(٥) المدونة الكبرى ١٦٩/٤ .

يعني إذا اختلف فرضا هما أو كلنا عصبه ليس ممهبا
لو فرض (الرهوني ٢١٠/٦) . نعم ان كان لسورث
العصبه شريك اجنبي جمعوا وان ابوا (حواشي القفصة
٦٩/٢) كدار بين شريكين مات احدهما ، تقسم نصيبين بين
الشريك والورثة ، ثم يقسم بين الورثة نصهم .

(٦) الرهوني ٢٠٩/٦ .

(٧) البدائع ١٩/٧ .

(٨) ر : ف ٢٢١ .

(٩) مضي المحتاج على القهاج ٤١٨/٤ .

(١٠) رشيدى على نهية المحتاج ٢٧٥/٨ .

(١١) نهية المحتاج ٢٧٢/٨ .

(١٢) الوسيط للسنةوري ٨٨٩/٨ .

« وأفاد مسكين على الكثر أن القسمة نوعان : قسمة في الاعيان ؛ وقسمة في المنافع ، وهي المسماة بالمهاياة . وما ذكر (يعني تعريف المجلة) تعريف للنوع الأول . وتعريف النوع الثاني : مبادلة المنفعة بنفسها^(١) كما في أبي السعود عن الحموي^(٢) . ولم يتورط المالكية في مثل هذا الخطأ مع أنهم أيضاً يفردون قسمة المهاياة بتعريف دقيق وفق طريقتهم إذ يقولون : « هي اختصاص كل شريك عن شريكه بمنفعة مشترك فيه^(٣) مدة معلومة » .

نعم بعض تعاريف الحنفية للقسمة لا تشمل بظاهرها قسمة المهاياة . ومن ذلك ما جاء في العناية ونتائج الافكار وتنوير الابصار : « هي جمع النصيب الشائع له (أي للشريك) في مكان معين^(٤) لأن تقييد الجمع بكونه في مكان معين مشعر بتجاهل المهاياة ، إذ قد لا يكون الجمع فيها إلا باعتبار الزمان . فلعل هذا هو منشأ الاضطراب] .

٣ — [ثم التعريف بما سلف للحنفية والمالكية صادق بتعيين نصيب شريك واحد من عدة شركاء ، مع بقاء الآخرين على شركتهم كما كانوا . وهي المسألة التي سأل عنها سحنون عبد الرحمن بن القاسم إذ قال له : « رأيت لو أن داراً بين ثلاثة رجال رضوا بأن يأخذ أحدهم بيتاً من الدار ، على أن تكون للآخرين بقية الدار ، أيجوز هذا عند مالك ؟ » فأجاب ابن القاسم : « نعم » . فعاد سحنون يقول : « أليس قد قال مالك : لا يجمع بين رجلين في القسم ؟ » فرد ابن القاسم : « انما قال ذلك مالك في القرعة

(١) فم جامع ، لأن المهاياة قد تكون مع اختلاف جنس القفصة كما سيجي : (ر : مهياة ف ٦) وغير متع ، لأنه يشمل مبادلة القفصة بين من ليسوا بشركاء .

(٢) ٥٠/٤ .

(٣) صادق بالكل وبالبعض .

(٤) فتح القدير ٢٤٨/٨ وحاشية ابن عابدين على الدر المختار

١٦٦/٥ .

بينهما عبدان قيمة أحدهما ستمائة ، والآخر سبعمائة ، فيرد خمسين^(٧).

فليس يخفى خله ، لأن التعريف شامل لقسمتي التعديل والرد ، وليس قاصرا على قسمة الافراز - كما هو واضح ، وعلى هذا الشمول فسر كل من ذكره .

٦ - [وعلى هذا لو كان بين رجلين صبرة قمح فقال أحدهما لصاحبه لك منها هذا الطرف ولي ذاك لا تكون هذه قسمة : إذ ليس فيها تمييز الانصباء وتعيينها : بحيث لا يكون لنصيب هذا تعان بنصيب ذاك]

المطلب الثاني

التكليف وآثاره

وفيه شعبتان :

الشعبة الأولى

هل القسمة بيع أم محض تمييز حقوق

٧ - يذهب العلماء في ذلك مذاهب أربعة :

المذهب الأول : أنها بيع باطلاق :

وعليه مالك نفسه وبعض أصحابه^(٨) لكنه خلاف المشهور عندهم^(٩) وبعض الشافعية ؛ وصححه جمع من قدامى أصحابهم ، والرافعي والنووي وأوائل الربا وفي زكاة المعشرات^(١٠) وبعض الحنابلة ، وهي رواية عن أحمد^(١١).

المذهب الثاني : أنها محض تمييز حقوق باطلاق

وعليه بعض الشافعية ومعهم المجد بن نيمية من الحنابلة وكذلك بعض المالكية إذا لم تقع القسمة جزافا وكذلك ابن حزم باستثناء القدر المقابل بالمرود في

في القيمة ولا يستغرق الثالث ، فيبقى الثالث مشتركا بينهما^(١٢).

٥ - [ولا يخفى بعد هذا قصور التعريف بالصورة التي أوردها الدردير من المالكية إذ يقول : « القسمة تعين نصيب كل شريك في مشاع ، ولو باختصاص نصيب^(١٣) » إذ هو بعد التعبير بصيغة العموم لا يشمل تعيين نصيب بعض الشركاء دون بعض . وهو نفس القصور الذي وقع في تفسير المجلة لتعريفها الآنف إذ تقول : يعني افراز الحصص بعضها عن بعض بمقاييس ما ، كاللوز والوزن والكيل^(١٤) ثم في هذا قصور آخر ، إذ لا يشمل افراز الحصص بالتراضي دون مقياس ما . ولذا أطلق أكثر الشافعية ، إذ عرفوا بمثل هذا ، فقالوا : « القسمة تمييز الحصص بعضها من بعض^(١٥) » وقد يقولون : « تمييز بعض الانصباء من بعض » . والذين يقيدونها منهم لا يقصرون وسيلة التعيين على المقاييس ، بل يقولون : « بالطريق الآتي^(١٦) » : فيكون تعريفهم جامعا ، ومانعا أيضا - لأن المشترك إذا جرى مثلا على التفاوت ثم وزع بطريق المقامرة بين الشركاء لم يكن ذلك من القسمة الشرعية في شيء .

والعبارة التي عبر بها الشافعية من غير تقييد ، هي أيضا عبارة الحنابلة^(١٧). [وان كان صاحب مطالب أولي النهى ، عند ما شرح عبارة المنتهى ، قصرها على قسمة الافراز ، وافرد كلا من قسمتي التعديل والرد بتعريف : فقال « قسمة التعديل : هي أن يحضر مقومان يقومان الأعيان كل عين على حدة ، ويدفعا إلى كل واحد أعيانا بقدر ماله بالقيمة . وقسمة الرد : هي أن يكون

(١) تلخ القدر ٢٥٩/٨ .

(٢) بلفظ السلك ٢٢٧/٢ .

(٣) شرح الأناسي ٥٠/٤ .

(٤) نهاية المحتاج ٣٦٩/٨ .

(٥) الجلبوري على ابن قس ٢٥١/٢ .

(٦) منتهى الإرادات ٦١٨/٢ .

(٧) مطالب أولى النهى ٥٤٩/٦ .

(٨) النخبة وحواشيها ٦٨/٢ .

(٩) اللواكح الدواني ٢٢٧/٢ .

(١٠) مفتي المحتاج ٤٢٤/٤ ونهاية المحتاج ٢٧٥/٨ .

(١١) منتهى الإرادات ٦١٨/٢ والاتصاف ٢٤٧/١١ .

الزراعية وغير الزراعية التي تشابه أجزائها كذلك - بيع فيما عدا ذلك^(٦).

ح - وعند جماهير الحنابلة وبعض الشافعية : تمييز حقوق فيما عدا قسمة الرد - أما في قسمة الرد فبيع . وقسمة الرد - كما سيجيء - هي التي يستعان في تعديل أنصبتها بمال أجنبي : كأرض بين اثنين في أحد جانبيها ما لا يقبل القسمة - كعدن أو بناء أو بئر ماء - وربما كانت قيمته وحده تعدل قيمة الأرض كلها أو تزيد^(٧).

المذهب الرابع : القسمة لا تخلو من المعنيين :

إلا أنه في قسمة المثل يغلب معنى تمييز الحقوق (الافراز) وفي قسمة القيمي يغلب معنى البيع . وهذا هو مذهب الحنفية لا يختلفون عليه^(٨) ولكل وجهة :

أ - فلأول : أن كل جزء من المال مشترك بين الشريكين ، فإذا أخذ أحدهما نصف الجميع فقد باع ماترك من حقه بما أخذ من حق صاحبه^(٩) أو كما قال ابن قدامة : لأنه يدل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الآخر - وهذا حقيقة البيع^(١٠).

وهذا منقوض نقضا إجماليا بتخلف أحكام البيع عنها في كثير من المواطن : فالبيع يفتقر إلى صيغة تملك بإيجاب وقبول ؛ وتثبت فيه الشفعة ؛ ولا تدخله القرعة ؛ ولا يراعى فيه تعادل البدلين - ولا كذلك القسمة .

وقد يجاب بأن تخلف اللازم مانع لا يضر : ككون ثبوت الشفعة في القسمة عبثا - لأنها

قسمة الرد (وهو ما يعرف بالمعدل - في القانون المدني المصري) فانهم مجمعون على أنه مبيع^(١١).

المذهب الثالث : أنها تمييز حقوق في بعض دون بعض *

أ - فعند جماهير المالكية ، وهي رواية المدونة عن مالك^(١٢) : تمييز حقوق فيما تماثل - أي كان من نوع واحد ، مع تساوي الرغبات والقيمة : كاللور والقدادين المتقاربة في المسافة عرفا^(١٣) ، المتساوية في القيمة عند أهل الخيرة وفي الرغبة لدى الشركاء - أو تقارب (وقد يقال : تجانس) - ككل ما يلبس من الثياب ، لأن الغرض الأهم هو اللبس^(١٤) : فالقطن والصوف والحرير وغيرها . من مخيط وغير مخيط ، تدخل في عداد المتقارب^(١٥) - إذا وقعت قسمته بطريق القرعة : أما فيما عدا ذلك فبيع .

ب - وعند جماهير الشافعية : تمييز حقوق في قسمة التشابهات : وذلك حيث تتساوي الانصباء صورة وقيمة : سواء في ذلك المثل كالحبوب والنقود ، وغيره كالدار المتفقة الأبنية : في كل من جلانيها مثل ما في الآخر مع انقسام العرصه (الساحة) الفاصلة بين المبنيين ، والأرض

(١١) مضمي المحتاج ٤/٢٢٤ ، ٤٢٤ وقواعد ابن رجب ٤١٢ ومطالب أولي النهى ٦/٥٥٠ النخبة وهوأشبهها ٦٨/٢ .

(١٢) ١٩٨/١٤ .

(١٣) فالداران في حين من مدينة ، ان تقارب الحيان فمتقاربان وان تباعدا فمتباعدان ، وإذا كتبتا كل في قرية - فقد قالوا ان القريتين إذا وقعتا في نطاق جبل واحد فمتقاربان وقال الدردير : أو ميلين ، ولم يفرق بين المدينة والقرى ، بلغة السالك ٢/٢٤٠) والتحديد بالمثل وقع في المدونة لبيان التقارب بالنسبة للأراضي الزراعية والبيساتين ، فالمسألة ان مسألة عرف (النخبة وهوأشبهها ٦٨/٢ - ٦٩ .

(١٤) بلغة السالك ٢/٢٤١ .

(١٥) ومن المتقارب (التجانس) البخت من الإبل مع العراب منها ، والجلوس مع البقر ، والقمع مع الخنزير ، لا البغال مع الحمير (الغرضي ٤/٢٠٢) والنخبة وهوأشبهها ٦٩/٢ (وفي المصباح التمر : العراب من الإبل خلاف البخاتي .

(٦) التجريد المفيد ٤/٣٧٠ ومضمي المحتاج ٤/٢٢١ ، ٤٢٢

(٧) المضي ١١/٤١١ ومطالب أولي النهى ٦/٥٤٩ ، ٥٥٠ ،

٥٥٨ والمهذب ٢/٢٠٦ .

(٨) البدائع ٧/١٧ .

(٩) المهذب للشريزي ٢/٢٠٦ .

(١٠) المضي ١١/٤٩١ .

باعته دينارين بدينار ؛ وانما هي باعته ما تستحقه في الدينارين بما يستحقه هو في الدينار : وكلاهما سواء - ثلثا دينار] .

١٠ - والثالث : من وجهة نظر الحنابلة وموافقيهم : أن الراد انما بذل مقابل ما حصل له من حق شريكه عوضا عنه - وهذا هو معنى البيع . هكذا قال ابن قدامة في المغنى ، تبعاً للشيرازي في المذهب^(٥) [وهو جد واضح في القدر المقابل بالمردود الأجنبي (المعدل) أي من خارج المال المشترك ؛ فكأنهم طردوه في سائر نصيب الراد ، لأنها صفقة واحدة ، أو لأن هذا القدر الواضح من المعاوضة يرجح جانبها في الباقي] . أما في غير قسمة الرد فيتمسك بتغاير اللوازم ، كما تمسك أرباب المذهب الثاني^(٦) . وقد علمنا ما فيه .

والشافعية من أرباب المذهب الثالث لا ينازعون في أن قسمة الرد بيع ؛ ولكنهم يقولون كذلك أيضاً كل قسمة أخرى يحتاج فيها إلى تعديل الانصباء بواسطة التقويم ليصير ما يأخذه بها كل شريك حقاً خالصاً له ، إذ التقويم تخمين يخطئ ويصيب : كما في دار بعضها لبن ، وبعضها حجر ؛ وأرض بعضها جيد ، وبعضها رديء ؛ وبستان بعضها نخل ، وبعضها كرم (وتسمى قسمة تعديل) - وربما قيل لو كانت قسمة التعديل بيعاً لما قبلت الاجبار كقسمة الرد . وقد قيل في مذهب الشافعية بعدم قبولها الاجبار فعلاً^(٧) ولكنه خلاف ما اعتمدوه ، ولم يلتفتوا - في معتمدتهم - لكونها بيعاً خالصاً لتساوي الأجزاء قيمة بتساويها حقيقة ، ولدعاء الحاجة فإن الرغبات تتعلق بتخليص الحق من المزاومة وسوء المشاركة ؛ وكما يبيع الحاكم مال المديون جبراً . ولم تحكم هذه الحاجة في قسمة الرد لأن الاجبار فيها يكون اجباراً على دفع مال غير مستحق^(٨) .

لوثبت لهذا لثبت لذلك ، فلا تكون لها فائدة . على أن من أهل العلم من شرط فيها لفظ البيع والشراء^(٩) .

ولكن الإيراد وارد في الحملة على أولئك الذين يصرحون بأن القسمة لا تلتزم فيها أحكام البيع : كالمالكية الذين يقولون إنه يتساهل فيها ما لا يتساهل في البيع^(١٠) .

أما القائلون بهذا القول من الشافعية فمصرحون بالتزام أحكام البيع فيما عدا ما عدده المردود هنا - ومن السهل التخلص منه : فإن التراضي هو مقصود العقود ؛ والقرعة عندهم غير لازمة ، ثم هي لقطع عرق المنازعة ، وليست الصفقة معلقة عليها ؛ ومراعاة تعادل البدلين منشؤه المقايضة مع التشاح - وإلا فحيث لا ربا يجوز التفاضل بالتراضي^(١١) .

٩ - والثاني : أن لوازم القسمة تخالف لوازم البيع - كما علم من الإيراد السالف - واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات . ومن ذلك ما يقول ابن حزم : لو كانت بيعاً لما جاز أن تأخذ البنت ديناراً ، والابن دينارين^(١٢) .

[وقد علمنا جوابه . على أن انكار البيع فيما قابل المردود من خارج (أي المعدل) في قسمة الرد ليس إلا محض مكابرة . أما البنت وأخوها في قسمة الثلاثة الدنانير فمن الخطأ البين ، الذي يجمل عنه مقدار ابن حزم ، تصوره أنها

(١) مضي المحتاج ٤/٢٢٤ والاصناف ١١/٣٥٠ .

(٢) فمن ذلك عندهم ١ - جواز أن يقسم اردب من القمح بين اثنين ، يأخذ أحدهما ثلثيه والآخر ثلثه ، ولو كان ذلك في البيع لما ساء . ب - جواز أن يقسم ما أصله أن يباع ميلاً ، كصبرة قمح ، مع ما أصله أن يباع جزأماً : فخذان أرض ، مع خروج كل منهما عن أصله ، وهذا منتهى في البيع ، والقاعدة عندهم : أن الأصل في الكميات والموزونات الكيل ، أي التزام معايرها القسري وفي المسوحات الجفاف (بداية المجتهد ٢/١٥٩ . د - جواز أن يقسم مئزر غنمه على الثلث في أحد القولين مع امتناع بيعه (بلفة السالك ٢/٢٣٨) .

(٣) نهاية المحتاج ٨/٢٧٣ .

(٤) المحلى ٨/١٣٣ .

(٥) المذهب ٢/٣٠٦ والمغنى ١١/٤٩٢ .

(٦) المذهب ٢/٣٠٦ والمغنى ١١/٤٩١ .

(٧) مضي المحتاج ٤/٤٢٢ .

(٨) نهاية المحتاج ٨/٢٧٥ .

الشعبة الثانية

الآثار المترتبة على الخلاف في تكييفها

١٢- تلخص هذه الآثار في أنه : ان كانت القسمة بيعا ، فانها تعطى أحكامه - مع ملاحظة ما مر من المستثنيات في أشباهها ؛ وان كانت محض تمييز حقوق فانها لا تعطى أحكام العقود أصلا^(١).

ولنضرب لذلك أمثلة

١٣ - أ-الخيارات : تدخل القسمة بناء على أنها بيع ، ولا تدخلها بناء على أنها تمييز حقوق . هكذا نص الشافعية والحنابلة^(٢) وهو مستفاد من كلام المالكية^(٣) ، إلا أن من الحنابلة من نفى فيها خيار الشرط على أية حال ؛ ومنهم من أثبت خيار المجلس وخيار الشرط على أية حال - وعلاوه بأن الخيار لم يشرع خاصا بالبيع ، بل للروى وتبين أي الأمرين أرشد ؛ وهذا المعنى موجود في القسمة^(٤) .

ونظرا إلى أن معنى البيع قائم في كل قسمة عند الحنفية لم يرددوا هذا التردد ، بل أطلقوا دخول الخيارات في جميع أقسامها ؛ ولكن على تفاوت يرجع إلى معنى آخر :

- ١ - فقسمة الأجناس المختلفة - وهي قسمة تراض لا اجبار فيها - تدخلها الخيارات الثلاثة : خيار الشرط ، وخيار العيب ، وخيار الرؤية .
- ٢ - وقسمة الجنس الواحد من المثليات - وهي تقبل الاجبار - لا يدخلها سوى خيار العيب .
- ٣ - وقسمة الجنس الواحد من القيصيات ، كالبقر أو الغنم أو الثياب من جنس واحد - وهي تقبل الاجبار أيضا - يدخلها خيار العيب بلا خلاف ، كما يدخلها خيار الشرط والرؤية على الصحيح المقتضى به [وهو تقسيم مذهبي حاصر^(٥)] .

[ولم أر للمالكية كلاما صريحا في تحليل تفرقتهم ، ولكن المفهوم من عرض تقريراتهم أن المتساوى في المقصود الأهم يعتبر كالمساوى من كل وجه ، لا يمكن التجاوز عن الفرق حيثئذ ، سيما وهو يعدل بالقيمة : فالذي يأخذ نصيبه من هذا أو من ذاك يكون آخذنا لعين حقه - وهذا هو معنى تمييز الحقوق . ولكن لا يخفى تسفهم مع اعترافهم بالحاجة إلى التقويم^(٦) .

١١ - وللرابع : انه ما من جزء - مهما قل - من المال المشترك إلا ونصفه لهذا ونصفه لذاك ، فاذا استقل أحدهما بنصف المجموع : فشطر ما استقل به كان له قبل القسمة ، وانما اجتمع وتميز بعد شيوخ - وهذا هو معنى تمييز الحقوق ؛ وشطره الآخر كان لشريكه أخذه منه عوضا عما تركه له - وهذا هو معنى البيع . وانما غلب في قسمة المثلي معنى تمييز الحقوق ، لأن المأخوذ فيها على سبيل المعاوضة هو عين المتروك حكما ، إذ هو مثله يقينا ، فضعف معنى المبادلة - ولا كذلك قسمة القيمي ، فلم يضعف فيها معنى المبادلة ، إذ المأخوذ ليس عين المتروك ولو حكما ؛ ومن ثم يكون معنى المبادلة في قسمة القيمي أقوى منه في قسمة المثلي . وهذا هو معنى قولهم ان المبادلة في قسمة القيمي أغلب . وليس معناه أنها في قسمة القيمي أغلب من تمييز الحق الأصلي في نفس قسمة القيمي . - كما توهم صاحب نتائج الافكار - حتى يقال بل هما سواء^(٧) .

[ولعل هذا هو أسلم المذاهب وأبعدها من التكلف والتناقض في التفرع حيث لا تلتزم أحكام البيع] .

(٢) معنى المحتاج ٢٢٤/٤ والقواعد لابن رجب ٤١٢ .

(٣) معنى المحتاج ٢٢٤/٤ وقواعد ابن رجب ٤١٢ .

(٤) المدونة ١٩٨/١٤ وبلغة السالك ٢٣٨/٢ .

(٥) قواعد ابن رجب ٤١٢ .

(٦) رد المحتار ١٦٧/٥ .

(١) النخبة وهوأشبهها ٦٩/٢ وبلغة السالك ٢٤١/٢ .

(٢) نتائج الأفكار ٣٤٩/٨ وملاسكين ٢٠٣/٢ وهاشية ابن

عابدين « رد المحتار » ١٦٧/٥ .

وامتناعها بيني على أنها بيع - لدخول الربا ، بسبب الجهل بالتائل^(٧) . وجزم الحنابلة بالصحة على أية حال^(٨) . [وهذا يرجع إلى بحث حقيقة التائل في معيار الشرع ؛ وهو من مباحث الربا ، ومقتضاه وقوف الصاحبين من الحنفية مع الشافعية ، والامام أبي حنيفة والمالكية مع الحنابلة . إلا أنني لم أر للحنفية ما يعطي حكم العسل ؛ وربما خرج على استقراض الخبر^(٩)]

١٧ - ه - : الحبوب والادهان - إذا جرينا على أن المعيار الشرعي في الادهان أيضاً هو الكيل - لا تقسم إلا كيلا ، ولا بد من التقابض قبل التفرق . هذا بناء على أن القسمة بيع ، ليتجنب الوقوع في الربا . أما بناء على أنها تمييز حقوق ، فانه تجوز قسمته وزنا ، ويجوز التفرق قبل القبض . هكذا قرره الشافعية^(١٠) .

وقد نص المالكية على أنه إذا أخذ أحد الشريكين فولا أو عدسا أو غيرهما من القطاني^(١١) ، والآخر قمحا أو شعيرا ، فلا بد من التقابض قبل التفرق - وإلا فهو ربا نسئته فيمتنع ، ولا يكون هذا من قبيل القسمة التي هي محض تمييز حقوق لتعدد الأصناف^(١٢) . ومن كلام ابن قدامة في المغني : « وتجوز قسمة المكينات والموزونات من المظومات وغيرها - لأن جواز قسمة الأرض مع اختلافها يدل على جواز قسمة

١٤ - ب - : الشفعة : ان كانت القسمة تمييز حقوق لم تثبت فيها الشفعة قولاً واحداً . وان كانت بيعاً : فقد صرح الشافعية بثبوتها ، وصوروا بما إذا تقاسم شريكان من ثلاثة شركاء وتركوا نصيب الثالث مع أحدهما باذن هذا الثالث - فان الشفعة تثبت لهذا الثالث^(١) وهو تصوير غير واضح^(٢) وقد انكره الحنفية ، لأن الشفعة تثبت على خلاف القياس في المبادلة المحضة ، والقسمة ليست مبادلة محضة^(٣) .

أما الحنابلة فقد اختلفوا فمنهم من أثبتها على الاصل ؛ ومنهم من نفاهما لمانع خاص بالقسمة ، إذ لو ثبت لهذا على ذلك لثبت لذلك على هذا : فيتنايان . [وهو مسلك سليم غالباً] . ووصفه صاحب الانصاف من الحنابلة بأنه الصواب^(٤) [ولكنه غير مطرد كما ترى من تصويرنا للشافعية] .

١٥ - ج - : التقايل : ان كانت القسمة بيعاً قبلته ، وان كانت مجرد تمييز حقوق لم تقبله . نص عليه الشافعية . ويؤخذ أيضاً من كلام المالكية^(٥) وجري ابن عابدين من الحنفية على أن قسمة الخليات لا تقبل التقايل ، لغلبة معنى الافراز ، وقسمة القيميات قبلته . فان خلط المقتسمون ما اقتسموه من المثلث كانت شركة جديدة ، مع أن العائني وصاحب تنوير الأبصار على تعميم القبول^(٦) [وهو الذي يتفق مع أصل الحنفية من أن القسمة لا تخلو من معنى المعاوضة] .

١٦ - د - : نحو الرطب والعنب والعسل الأسود المطبوخ بالنار : نص الشافعية على أن جواز قسمتها بيني على أن القسمة تمييز حقوق ؛

(١) الرشيدى على نهية المحتاج ٢٧٥/٨ .

(٢) ولعل الأقل تصويرها بما إذا كانت هناك داران احدهما مشتركة بين ثلاثة والآخرى بين اثنين منهم ، فتقسم هذان الاثنان على ان يستقل احدهما بالدار الأخرى والآخر بحصصهما في الدار المشتركة مع الثالث : فان لهذا الثالث ان يأخذ بالشفعة .

(٣) بدائع الصنائع ٢٨/٧ .

(٤) ٣٥١/١١ .

(٥) الفري ٤٢٤/٤ ، بلفة السالك ٢٢٨/٢ .

(٦) رد المحتار ١٧٦/٥ .

(٧) المهذب ٢٠٦/٢ ومضى المحتاج ٤٢٤/٤ .

(٨) المضى ٢٨٩/١١ والانصاف ٢٤٤/١١ .

(٩) مجمع الانهر ٨٧/٢ وبلغة السالك ٢٥/٢ ، ٢٨ والمؤنة الكبرى ١٧٧/٤ وتحت عنوان « في قسمة الجينة والطعام » جاء في المؤنة : « قلت : اربيت الجينة بين الزوجين ، انقسم بينهما ام لا قال : نعم تقسم . وان ابى احدهما ، لان هذا مما ينقسم ، وقد قال مالك في الطعام انه ينقسم ، غارى هذه الجينة بمنزلة الطعام ١٨٠/٤ .

(١٠) المهذب ٢٠٦/٢ .

(١١) في الهباج : القطنية (بكر القاف وضبها) اسم جامع للحبوب التي تطبخ كالعدس والبقلاء واللوبيا والحمص والارز والسمسم ، وليس القمح والشعير من القطنية .

(١٢) بلفة السالك ٢٢٨/٢ .

ومنعوا التفاضل فيها : فإذا كان هناك ثلاثة أراذب من القمح بين اثنين ، ولأردب منها جيد تساوي قيمته قيمة الأرادين الآخرين فأرادا أن يقتسماها بالقيمة على هذا النحو لم يجز - إلا بأعمال الحيلة^(٨).

١٨ - و - الثمار المشتركة - ولما تزل على أشجارها - لا تقسم خرصا بناء على أن القسمة بيع ، لمكان جهل التماثل . أما بناء على أن القسمة محض تمييز حقوق ، فلا مانع من قسمتها بطريق الحرص ، ان كانت ثمار نخل أو كرم ؛ لأن هذه ، دون غيرها ، هي التي تقبل الحرص لمعرفة حق الفقراء في الزكاة ؛ فيقاس ما هنا على ما هناك . هكذا نص الشافعية^(٩) . ووافقهم الحنابلة ، إلا أنهم يعممون في جواز الحرص ، ولا يقصرونه على ثمار النخل والكرم ؛ على أن منهم من يطلق منع القسمة بطريق الحرص^(١٠) ، (وهو الذي يتشمى مع أصول الحنفية .]

[وكان عجيبا أن يطلق ابن القاسم في موضع من المذونة صحة القسمة خرصا في ثمار النخل والكرم إذا بدا صلاحها - مع تصريحه بأن القسمة بيع عند مالك^(١١) ، وينظره بقسمة الحب بعد حصاده كيلا ، قائلا لسحنون - لما بدا كالمستكر : « ألا ترى أن الزرع إذا حصد وصار حبا قسما بينهما بالكيل ؟ فالحرص في ثمرة النخل بمنزلة الكيل ؛ لأن الزرع ليس فيه خرص ؛ والنخل فيها الحرص ، فإذا طاب قسم بينهما بالحرص^(١٢) ؛ ولا يقيدها في موضع آخر إلا باختلاف حاجة الشركاء ، كأن يريد واحد الأكل ، أو البيع ، أو ترك الثمار لتصير تمرا أو زيبيا ، ويريد الآخر خلاف ذلك^(١٣) ، وأخذه

ما لا يختلف ، بطريق التنبيه - وسواء في ذلك الحبوب والثمار ، والنورة^(١) والأشنان^(٢) ، والحديد والرصاص ، ونحوها من الحامدات ، والعصير والخل واللبن والعسل والسمن واللبس^(٣) والزيت والرُّب ونحوها من المائعات . وسواء قلنا أن القسمة بيع أو افراز حق لأن يبيعه جائر وافرازه جائز^(٤) [ولم ينبه على الفرق الذي نبه عليه الشافعية ؛ بل في بقية كلامه ما قد يوهم - على خلاف الحقيقة - عدم اعتبار هذا الفرق] ذلك انه مضى يقول - مشيرا إلى أن فرض كلامه السابق كان في حالة انحسار جنس المقسوم :- « فان كان فيها أنواع كحنطة وشعير ، ونمر وزبيب ، فطلب أحدهما قسمها كل نوع على حدته أجبر الممتنع ؛ وان طلب قسمها أعيانا بالقيمة لم يجبر الممتنع لأن هذا بيع نوع بنوع آخر ، فليس بقسمة ، فلم يجبر عليه كغير الشريك - فان تراضيا عليه جاز ، وكان بيعا يعتبر فيه التقابض قبل التفرق فيما يعتبر التقابض فيه ، وسائر شروط البيع^(٥) ولا شك أن مراده أن شرائط البيع تراعى أيضا في حالة قسمة الجنس الواحد - بناء على أنها بيع . وإلى ذلك أشار شارح المنتهى إذ يقول : « مع أنه لا يصح بيع شيء منها » عقب قول منته : « و (يصح) قسم مكيل وزنا وعكسه ، وان لم يقبض بالمجلس^(٦) » بل هو مصرح به في الانصاف^(٧) . وبسبب ملاحظة معنى المعاوضة منع الحنفية قسمة المثليات جزافا^(٨)

(١) النورة : فسرها في الصباح بجوز الكلس ، قال ثم غلبت على الخلط نضاف الى الكلس من زرنغ وغيره ، وتستعمل لأزالة الشعر .

(٢) في الصباح : الأشنان بضم الهزة ، والكسر لغة ، معرب ويقال له بالعربية : الحرص بضمتين .

(٣) في الصباح : اللبس بالكسر عسلرة الرطب .

(٤) ٤٨٩/١١

(٥) مطلب اولى انتهى ٥٥٦/٦ .

(٦) ٣٤٩/١١

(٧) بدائع الصنائع ١٧/٧ .

(٨) بدائع الصنائع ١٨/٧ .

(٩) المهلب ٢/٢٠٦ .

(١٠) قواعد ابن رجب ٤١٣ .

(١١) المحسنة ١٤/١٨٣ .

(١٢) ١٨٢/١٤

(١٣) ١٧٨ ، ١٧٥/١٤

قسمة مجهول : بيعا كانت القسمة أم تمييز حقوق . ثم وجدتهم علوه بهذا أو ما ينحو نحوه^(٦).

٢١ - أما في الحالة الثانية : - أعني إذا قسمت مع الزرع الذي فيها ، أو قسم الزرع وحده :
فهنا احتمالان :

٢٢ - الاحتمال الأول : أن يكون الزرع قد نبت وظهر إلا أنه لم يزل قصيلاً أو كان مما لا ربا في ثمرته^(٧) . وهنا لا يكون ثم مانع من القسمة أيضاً ، سواء أكانت القسمة من قبيل البيع ، أم من قبيل محض تمييز الحقوق . إلا أنه نظراً إلى أن الزرع لا يمكن تعديله فإن صحة القسمة تتوقف على تراضي الشركاء إذ لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه .

بيانه : أن الزرع لا يكون سواء عادة ، بل يكون الجيد منه والرديء ، ولا تستقيم قسمته إلا إذا جعل الكثير من الرديء ، في مقابلة القليل من الجيد - وهذا يستلزم أن يتتبع صاحب الكثير بأكثر من حقه في الأرض نفسها ، لأن الزرع يجب أن يبقى فيها إلى حصاده . فإذا سخت بذلك أنفس سائر الشركاء فليس ثمة مانع ما من صحة القسمة ؛ لأن الحق لهم لا يعدوهم ؛ ولأن المقسوم معلوم بالمشاهدة - واحتمال التفاضل فيه ، بل تحققه ، ليس من قبيل المحذور ، إذ هو ليس بربوى ، كما فرضناه . هكذا قرره الحنابلة في معتمدهم ؛ ووافقهم الشافعية في غير قسمة الزرع وحده ، إذ هي عندهم قسمة مجهول ، فتبطل بكل حال^(٨).

أما الحنفية مطلقاً والمالكية ، على قول البيع عندهم ، فلا يقرون ما قاله الحنابلة إلا بشرط الجذاذ العاجل ، أي قطع الزرع - وإن كان هذا ضرراً فقد رضياه . أما بشرط الإبقاء ،

المتأخرون فحرروه ، وزادوا فيه شرائط حتى بلغت ستاً^(٩) . ولكن الدردير - نظراً إلى معنى البيع - رد الأمر إلى نصابه ، حين عقب على منعه قسمة الزرع والتمر من أي نوع - وحده أو مع أصله - قبل بدو الصلاح خرساً بل شرط قطع : قاتلاً : « وأولى أن بدا صلاحها لأنه ربوى ، والشك في التماثل كتحقق التفاضل - فلا يقسم إلا كيلاً أو وزناً ، أو يباع فيقسم ثمنه ... » فما ذكرناه هنا هو الموعول عليه^(١٠) . أي فلا يصح قسمه بعد بدو صلاحه ولو بشرط قطعه .

١٩ - ز - الأرض المزروعة قطناً أو حبوباً

أو ما شاكل ذلك من المزروعات الموقوتة :
قد تقسم وحدها دون زرعها ، وقد يقسم الزرع دونها ، وقد يقسمان معا . فالاحتمالات ثلاثة . ولكن من حيث الحكم يمكن ادماج الاحتمالين الأخيرين معا ؛ فلا يبقى إلا انفراد الأرض بالقسمة وعدم انفرادها :

٢٠ - ففي الحالة الأولى : أعني إذا قسمت الأرض وحدها دون الزرع الذي فيها : فذلك سائغ باطلاق ، كما لو كانت أرضاً خالية سواء كان الزرع بلراً لم ينبت بعد ، أم نبت ولما يشتد حبه إن كان ذا حب (ويسمى حينئذ قصيلاً^(١١)) ، أم اشتد حبه بالفعل ؛ وسواء أكانت القسمة بيعا أم محض تمييز حقوق ، لأن الزرع حينئذ كالمتاع في الدار لا تجب قسمته معها ، ولا يمنع من هذه القسمة ، ويبقى على حاله من الشركة فيه كما لو بيعت الأرض لأجنبي .

وليس في هذا خلاف . إلا أن المالكية منعوا قسمة الأرض المزروعة وحدها قبل بروز زرعها^(١٢) [لعله لأنهم يدخلونه في القسمة ، كما يدخلونه في بيع الأرض تباعاً^(١٣)] وهو مجهول ؛ ولا تصح

(١) الغرضي ٤/٨٠ .

(٢) بلغة السالك ٢٤١/٢ - ٢٤٢ .

(٣) القصيل في الأصل هو القصر يجز أخضر - لعطف الواب - قبل انقلاجه ، كما في المصباح وغيره .

(٤) الروي ٦/٢٠٧ .

(٥) بلغة السالك ٨١/٢ .

(٦) بلغة السالك ٢٤١/٢ .

(٧) كالقطن عند غير الحنفية والحنابلة ، بل وعند هؤلاء كما نبه عليه الحنابلة - إذا لم تكن ثمرته قد انشجرت في عداد الموزونات (مجمع الآثار ٨٧/٢) ودليل الطالب ١٠٥ .

ومطلب أولى النهي ٥٥٤/٦ .

(٨) المهذب ٢٠٨/٢ ومخني المحتاج ٤/٢٤٤ ومطلب أولى

النهي ٥٥٤/٦ والفروع ٨٤٩/٣ .

المشهورة بقاعدة مد عجوة ودرهم (٣) وخلاف الحنفية فيها مشهور معروف .

والحنابلة يوافقون هنا على اطلاق القول ببطلان قسمة الزرع وحده - كما يوافقون في معتمدتهم على بطلان قسمته مع الأرض ، بناء على أنها بيع (٤) ، أما بناء على أنها محض تمييز حقوق فتصح ، لأن الزرع كالشجر في الأرض (وهذه خلافة أخرى) . ولكن ابن قدامة في المغني بعد ما قرر هذا ، يقول إنه يمكن - بناء على أن القسمة بيع - أن يقال أن البئر والزرع يتبعان الأرض ، فليس بمقصودين ذاتا ، ولذا لا تضر جهالتهما ، كأساسات الحيطان (٥) .

وقد جزم ابن القاسم في موضع من المدونة بأن الأرض لا تقسم مع الزرع ، ولكن تقسم الأرض وحدها ، ويقر الزرع على حاله إلى أن يحل بيعه : فيقسم كيلا أو يباع ويقسم ثمنه (٦) وعلة - بشيء من التسامح - في موضع آخر بأنه بيع أرض وطعام بأرض وطعام (٧) وأقروه (٨) . وقد نقلنا آنفا (٩) نصهم الشامل المحرر في منع ذلك وفي منع قسمة الزرع وحده - على ما فيه من تجاهل قولهم الآخر بأن القسمة محض تمييز حقوق .

أما الحنفية فيلتزمون هنا أصلهم ، وينصون على امتناع قسمة الزرع الذي أخرج سنابله وحده أيضا ؛ لأن قسمته بطريق المجازفة ، ولا تجوز المجازفة في المعاوضة على الأموال الربوية ولو

فمعناه شرط انتفاع كل شريك بملك شريكه - وهو شرط لو وقع في البيع لأفسده ، فكذلك القسمة ، لأنها في معنى البيع . ويصرح المالكية بأن السكوت عن الشرط بمثابة شرط الابقاء (١٠) ، ونص في المدونة على أن الشريكين إذا اقتسما هذا الزرع على أن يحصدهما ، فحصد أحدهما ، وترك الآخر نصيبه حتى صار جبا ، تنتقض القسمة ، ويكون ما لم يحصد بقيمة ما حصد بينهما ؛ كما أنهما لو تركا الزرع جميعا حتى استحصد فلا قسمة : والزرع بينهما يقتسمانه كيلا (١١) .

وهو خلاف - كما ترى - ناظر إلى الخلاف المتعلق بحق بائع الأرض المزروعة وحدها في ابقاء زرعها إلى حين حصاده . ولا شيء فيه على أصل الحنفية من أن كل قسمة لا تخلو من معنى المعاوضة . وكان على المالكية أن يرددوا بين هنا ، وبين الصحة بناء على قولهم الآخر بأن القسمة محض تمييز حقوق .

٢٢ - والاحتمال الثاني : أن يكون الزرع في مرحلة مبكرة ، لم يظهر بعد على سطح أرضه ، أو في مرحلة متأخرة لكنه ربوى الثمرة - كالقمح والشعير والأرز - وقد بدا صلاحها واشتد جها : وحيث لا تسوغ القسمة بحال عند الشافعية سواء أكانت بيعا أم محض تمييز حقوق .

فقد علمنا اطلاق الشافعية القول ببطلان قسمة الزرع وحده ، مهما كانت حالته . وهم في هذا الشق من قسمة الأرض معه يطلقون القول أيضا ببطلان القسمة ، سواء كانت بيعا أم مجرد تمييز حقوق ؛ لأنها على كل حال قسمة مجهول - وهو الزرع - ومعلوم - وهو الأرض : وهذا لا يصح - لا بيعا ، ولا تمييز حقوق . وتزيد حالة اشتداد الحب بأن فيها علة أخرى لمنع القسمة - بناء على أنها بيع - أعني بيع طعام وأرض ، بطعام وأرض : وهو من قاعدة الحظر

(٣) المهذب ٢/٢٠٨ ومغني المحتاج ٤/٢٤٤ وقاعدة مدعجوة

تضي بيع ربوي - معه فيه - بجنسه ، كمد عجوة ودرهم بدى عجوة - لأن اشتغال أحد طرفي العقد على مسألين مختلفين يقتضي توزيع مالي الطرف الآخر عليها باعتبار القيمة ، وذلك يؤدي هنا إلى التفاضل أو عدم تعقل القتال (الشراعي على التحرير ٢/٢٥ ومابعدهما) .

(٤) مطالب أولي النهى ١/٥٤٤ .

(٥) المغني ١١/٥٠ - ٥٠١ .

(٦) ١٧٢/١٤ .

(٧) ١٩٧/١٤ .

(٨) الرهوني ١/٢٠٧ .

(٩) ر : ف / ١٨ .

(١٠) بدائع الصنائع ٧/٢٠ والمدونة ١٤/١٧٥ ولفظة السكوت

(١١) ١٧٥/١٤ .

حاضرا ، كبعض الثياب والآخر ديننا على حاضر مقر^(٤) ؛ كما يجوز أن يقتسما الدين الواحد تراضيا ، لا المدينين : بأن يستقل كل واحد منهما بدين على مدين أو أكثر ؛ لأن في اقتسام المدينين بيع دين بدين . هكذا قالوا ؛ مع أن اقتسام الدين الواحد كذلك ، إلا أنه أقل غررا ؛ وبهذا اعتذارهم . وهذا هو قول ابن القاسم في المدونة «قال مالك يقسم ما كان على كل رجل منهم ، ولا يقسم الرجال ، لأن هذا يصير ذمة بذمة»^(٥).

وأصول الشافعية - خلافا للحنفية - تقتضي صحة الصورة الأولى (عرض في مقابلة دين) ، حتى على القول بأن القسمة بيع . وهم في غيرها يطلقون المنع ، سواء قسم كل دين على حدة أم لا ، وسواء كانت القسمة بيعا أم محض تمييز حقوق . وعبرة الخطيب في معنى المحتاج : «ولا تصح قسمة الديون المشتركة في الذم ؛ لأنها إما بيع دين بدين ، أو افراز ما في الذمة ، وكلاهما ممنوع . وإنما امتنع افراز ما في الذمة لعدم قبضه - وعلى هذا لو تراضيا على أن يكون ما في ذمة زيد لأحدهما ، وما في ذمة عمرو للآخر ، لم يختص أحد منهما بما قبضه»^(٦). وهذا هو نص مذهب الحنفية^(٧).

[أما أصول الحنابلة فتقتضي بطلان الصورة الأولى - إلا على القول الضعيف عندهم من صحة بيع الدين من غير من هو عليه] . ومع ذلك فالمقول عن أحمد صحتها مع الكراهة في خصوص الميراث^(٨). أما في قسمة الدين فقد كاد القاضي وابن عقيل يعكسان على المالكية قولهم ، إذ جزما ببطلان قسمة الدين الواحد ، وحملا الروايتين عندهم - البطلان ، بناء على أن القسمة بيع ؛

تراضيا أطراف العقد ؛ لأن المانع هو الربا ، والتراضي به لا يحله^(٩).

٢٤ - ح - إذا كان نصف الأرض وقفا ، فأراد مستحقوه أن يقاسموا صاحب النصف الآخر الذي هو طلق (أي ليس بوقف) ، فليس لهم ذلك ، بناء على أن القسمة بيع ؛ لأن الوقف لا يباع - وأولى إذا كان النصف الآخر موقوفا أيضا ، سواء اتحدت الجهة الموقوف عليها أم اختلفت . أما بناء على أن القسمة محض تمييز حقوق ، فقد يقال لا مانع منها حيثل ما لم يترتب عليها بيع جزء من الوقف بمقتضى قسمة الرد على مستحقه . وهذا هو الذي اعتمده الحنابلة ؛ ووافقهم الشافعية فيما عدا الموقوف على جهة واحدة ، فإنهم قطعوا فيه بعدم صحة القسمة ، لما فيها من تغيير شرط الواقف - إلا أن تكون قسمة مهابأة يختص فيها كلا الطرفين بسكنى أو زراعة جانب مثلا ، وهذا هو الذي جرى عليه ابن تيمية . لكن صاحب الرغبة من الحنابلة يرى أن تغيير شرط الواقف لازم على كل حال ، اتحدت الجهة الموقوف عليها أم اختلفت ، فلا تصح القسمة من غير فرق . إلا أنهم حكوا طريقة صاحب الرغبة هذه في قسمة الموقوف بين الموقوف عليهم ، لا في قسمة الموقوف بمعنى تمييزه عن غير الموقوف . [ولعل الحكم عنده سواء في الحالين ، بمقتضى علته ، وإن كان النقل قاصرا ، وإلا فهو التحكم]^(١٠) والحنفية جميعا يصرحون بامتناع قسمة الموقوف بين الموقوف عليهم لأن القسمة عندهم لا تخلو من معنى المعاوضة^(١١) وأصلهم يقتضي إطلاق المنع.

٢٤م - ط - ويقول المالكية يجوز في قسمة التراضي - لا في قسمة القرعة ، إذ لا تكون في صنفين - أن يأخذ أحد الشريكين عرضا

(٤) أى مع استيفاء سائر شرائط بيع الدين عندهم .

(٥) المدونة ١٨٢/١٤ والفرشى ٤٠٤/٤ . وبلغه السالك

. ٢٢٨/٢ .

(٦) ٤٢٦/٤ .

(٧) المجلة العنلية مادة ١١٢٣ .

(٨) قواعد ابن رجب ٤١٦ ومطالب الولي التمه ٢٢٠/٢ .

(٩) بدائع الصنائع ١٨/٧ ، ٢٠ .

(١٠) نهاية المحتاج ٢٧٥/٨ وقواعد ابن رجب ٤١٢ ومطالب

اولي التمه ٥٥٧/١ والاصح ٢٤١/١١ ، ٢٤٨ .

(١١) رد المحتار ١٧٦/٥ .

٢٦ - ل - : نظرا لغلبة معنى تمييز الحقوق - عند الحنفية - في قسمة المثلثات التي هي من نوع واحد - كما مثله بالثياب المروية^(١٠) - نجدهم يقررون أنه لا يشترط فيها حضور الشريك ولا رضاه . بخلاف قسم القيميات - فإنها نظرا إلى فحش التفاوت فيها ، واختلاف المقاصد ، وتعلل المساواة ، لا تصح إلا بالتراضي عليها ؛ لتلايفوت من حق أحد الشركاء شيء دون رضاه ؛ فإذا تراضوا فقد أسقط كل واحد منهم حقه فيما عساه يكون قد بقي له لدى صاحبه ، والحق لهم لا يعلمهم ، فلا مانع من صحة القسمة حيثئذ . هذا هو الأصل . وسيجيء - في الفقرة التالية - الاستثناء الذي أدخل عليه .

إلا أن قسمة المثلثات على الاستبداد ، دون رضا الشريك كقسمتها بالتراضي حال غيبة الشريك ، إنما تصح موقوفة على قبض الشريك الآخر نصيبه . فإذا تلف هذا النصيب قبل قبضه فلا قسمة ، والتالف والباقي كلاهما مال الشركة لا يختص شريك فيه بغم أو غرم .

وهو قول الحنفية : « مكيل أو موزون بين حاضر وغائب ، أو بالغ وصغير : فأخذ الحاضر أو البالغ نصيبه ، نفذت القسمة ، ان سلم حظ الآخر ، وإلا فلا » . ومثله بصاحب الأرض (الدهقان) وزارعها (الأكار) إذا أذن الأول للثاني في قسمة صبرة من غلتها ، فقسم ، وحمل أحد النصيبين إلى بيت صاحبه ، فلما عاد إلى الآخر وجده قد تلف . فال في البزازية : « الغلة كلها في يد الزارع . ولذا ، فإن كان التالف هو نصيبه فقد تلف عليه هو ، لأنه اذن قد تلف بعد قبضه ، وإن كان نصيب صاحب الأرض ، فقد تلف قبل قبضه ، ومن ثم تنقض القسمة ، ويرجع على الأكار بنصف ما قبضه » ثم نقل عن الحاكم عبد الرحمن عكس هذا : إذ جعل التالف عليهما ان كان نصيب الأكار ،

والصحة ، بناء على أنها محض تمييز حقوق - على ما إذا كان الدين في أكثر من ذمة . إلا أن الحنابلة لا يعتمدون مسلكتهما ، رغم جلالتهما ، ويرون الروايتين مطلقتين ، لا فرق بين الدين الواحد والمتعدد . ولذا وقع في كلام القاضي نفسه انه إذا قبض أحد الشريكين شيئا من الدين ، باذن شريكه ، اختص به^(١١) . وظاهر من هذا أنهم يرجحون القول بصحة قسمة الدين باطلاق . بل يميل ابن تيمية إلى أن قسمة الدين تقبل الاجبار ، ولو تعدد المدينون - ما داموا متقاربين في الملائة - لأن الذمم ، فيما أصل الحنابلة ، تتكافأ - ولذا يجبرون على قبول الحوالة على الميء^(١٢) .

٢٥ - ك - الجماعة يشتركون في أضحية أو هدي أو عقيقة - كعير أو بقرة ؛ وقد يكون واحد فحسب هو الذي يعني القربة ؛ وغيره يريد الأكل أو البيع : هل لهم أن يقتسموا لحمها ؟ أما على أن القسمة بيع فلا ، وأما على أنها محض تمييز حقوق فنعم . والذي رجحه الشافعية صحة القسمة^(١٣) وعكس الترجيح ابن رجب الحنبلي في قواعده^(١٤) لكن عقب عليه صاحب الانصاف قائلا : « قلت : لو قيل بالجواز ، على القولين ، لكان أولى ؛ والذي يظهر أنه مرادهم »^(١٥) . ولذا جزم به في غاية المنتهى قائلا : « فيصبح قسم لحم هدي ولحم أضاح »^(١٦) [وهو لا يتفق ما مع شرطه لصحة بيع اللحم باللحم من نزع عظمه^(١٧) .

والتصحیح أشبه بمذهبي الحنفية والمالكية الذين يجيزون بيع اللحم بمثله إذا تساوى وزنهما ، ولا يأبوه بوجود العظم^(١٨) لأنه بمثابة النوى في الثمر^(١٩) .

(١) قواعد ابن رجب ٤١٥ .

(٢) قواعد ابن رجب ٤١٥ .

(٣) نهاية المحتاج ٢٧٥/٨ والياجوري على ابن القاسم ٢٠٦/٢ .

(٤) ٤١٤ .

(٥) ٢٥١/١١ .

(٦) مطالب أولى القهى ٥٥٦/٦ .

(٧) دليل الطالب ١٠٦ .

(٨) مجمع الأنهر ٨٧/٢ و ٨٨ .

(٩) بلغة السالك ٢٦/٢ .

(١٠) بدائع الصنائع ٢١/٧ .

لكن من حين اقراره - فكل تصرف من أحد الشركاء قبل هذا الاقرار فهو باطل . إلا أن تكون الغيبة فراراً من القسمة ، وتأبياً منها ، أو يكون قد بان من صاحبه مثل هذا اللدد خلالها - فحينئذ يكون له الاستقلال بقسمة المتماثل ، كما لو أبأها الآخر الحاضر^(٦) .

٢٧ - م - : مقتضى غلبة معنى المبادلة في قسمة القيميات عند الحنفية أن لا تقبل الاجبار عليها . لكنهم استثنوا حالة اتحاد الجنس ، أي النوع ، أو كما يقولون حالة اتحاد الاسم والمعنى^(٧) كما في البقر أو الغنم فان القسمة تقبل الاجبار حينئذ . فاذا طلبها أحد الشريكين وأبى الآخر أجبر عليها ؛ لأن المبادلة قد يجبر عليها إذا تعلق بها حق الغير ، كما في الشفعة ، وكما في بيع مال المديون عليه وفاء بدينه عند غير الامام أبي حنيفة . على أن مسافة الخلاف بين المثلي والقيمي تصبى في حالتنا هذه إلى حد بعيد ، لتقارب العوض والعوض فيها ، باعتبار المقاصد المعتادة ، حتى لتكاد تلتحق قسمة القيميات حينئذ بقسمة المثليات ، في بروز معنى تمييز الحقوق واضمحلال معنى المعاوضة . بحيث يمكن بشيء من التجاوز اعتبار المأخوذ هنا كأنه عين الحق^(٨) [والذي يبدو من سياق صاحب الهداية انما هو التعويل على التعليل الأخير ، والنظر إلى الأول باعتباره بياناً لانتفاء المانع حكماً - وإلا فتعلق حق الغير - وهو الطالب الذي يريد الاختصاص بملكه - قائم في كل قسمة ؛ فلو كان علة مستقلة لتبعه الأجبار حينما كان ولو أن قاضي زاده في نتائج الأفكار لم يأتسأ بجديد ، حين أثر التعليل هنا بإمكان المعادلة - كما هو قضية تعليل صاحب الهداية «عدم الاجبار عند اختلاف الجنس» بتعلل المعادلة ، لفحش التفاوت^(٩) .

وعلى المالك وحده ان كان نصيب المالك . وعلى ما قاله الحاكم اقتصر في الخافية قائلًا في عزوه : « كذا قال بعض الشيوخ » . واعتبر ابن عابدين في رد المحتار أن هذه اشارة إلى تضعيفه ، لأنه لا يتفق مع تأصيل المسألة ، كما هو واضح^(١) . وحاول الأتاسي في شرح المجلة أن يوفق فلم يوفق . فانظره ان شئت^(٢) .

والخاتبة في قول أبي الخطاب يوافقون الحنفية . بل هو عندهم أقيس لأنهم يرجحون أن القسمة في المثليات محض تمييز حقوق . ولذا فهم لا يوقفون صحة القسمة على سلامة نصيب الآخر حتى يقبضه^(٣) . ولكن القاضي من الخاتبة يأبى من صحة القسمة هكذا على الاستبداد ويشترط اذن القاضي - لأن القسمة فيها النزاع المعروف : أي بيع أم محض تمييز حقوق ؟ واذن الحاكم يرفع الخلاف^(٤) . وهذا هو مذهب المدونة عند المالكية ، لا يستثنون شيئاً من شيء ؛ بل ينصون على أن الحاكم حينئذ نائب الغائب في القسمة ، وان الشريك إذا استقل بها فلا جواز لها .

وقد سأل سحنون ابن القاسم عما يصنع بنصيب الغائب ، فأجاب : بأنه موضع نظر الحاكم واجتهاده ؛ وليس للشريك أن ينفرد فيه برأي نافذ - كأن يقول استبقه عندي إلى أن يقدم من غيبته . وقاسه على قول مالك في الوصي ينظر المدين بالدين الموروث ، وفي الورثة كبار ، أنه لا نفاذ له عليهم^(٥) .

والشافعية يوافقون المالكية أيضاً ، وينصون على [ما هو بمذهب المالكية أشبه من] أن للغائب أن يقر القسمة التي وقعت في غيبته ، فتصح

(١) ١٦٧/٥ .

(٢) ٥٤/٤ .

(٣) مثله للشافعية ، لكن قيده بمقتضى اتفاق الشريك من القسمة أو غيبته (نهاية المحتاج ٢٦٩/٨) .

(٤) قواعد ابن رجب ٢٢ .

(٥) ١٨٦/ ١٤ .

(٦) نهاية المحتاج ٢٦٩/٨ .

(٧) الأتاسي على المجلة ٥١/٤ .

(٨) فتح القدير ٢٤٩/٨ .

(٩) نتائج الامكار تكمله فتح القدير ٢٥٠/٨ .

يتجاوز إلى أول ثمن يقبلها بعده : فلو فرضنا - تفرعاً على هذا الأصل - أن الثمن الكلي في الحالين كان مائة دينار ، فإن ثمن نصيب كل من الشريكين يكون خمسين دينارا - وهذا هو الثمن الثاني الذي قام به النصيب كاملاً . أما الثمن الأول فهو ما تركه لشريكه لقاء ما أخذه - وهذا في جانب القمح والفل ، لا يقبل الزيادة ، لزوم الربا ، فيتجاوز إلى الثمن الثاني ، وهو الخمسون ، وتصح المراجعة به . أما في جانب الدار والحقل ، فإن الثمن الأول يقبل الزيادة ، لأنهما ليسا بربويين ، فلا يتجاوز إلى الثمن الثاني وهو الخمسون ، ومن ثم لا تصح المراجعة به^(١).

الفرع الثاني

المشروعية وحكمها

وفيه مطلبان :

المطلب الأول

مشروعيتها

يدل لهذه المشروعية الكتاب والسنة والاجماع : ٢٩ - أما الكتاب : ففي كثير من الآي : من مثل : «واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل»^(٢) ، «للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ، وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ، مما قل منه أو كثر نصيباً مفروضاً»^(٣) ، «وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم»^(٤) ، «وإذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه ، وقولوا لهم قولاً معروفاً»^(٥) . ويقول ابن حزم في هذه الآية الأخيرة أنها عموم في كل قسمة ؛ وليس لأحد أن ينقصها ببراءة^(٦) برأيه . وربما

وقد لاحظ الامام أبو حنيفة فحش التفاوت هذا في جانب رقيق غير المغنم من قبل المعاني الباطنة : كالذكاء والغباء ، والكياسة والحماقة ، والعلم والجهل ، والتقوى والفجور ، والقوة والضعف ، والطاعة والعصيان - إلى آخر ما لا ينتهي من فضائل النفوس ورذائلها . ومن ثم منع الاجبار على قسمته رغم اتحاد الجنس . ولكنه تجاوز عن ملاحظة هذه في رقيق المغنم ، نظراً إلى أن حقوق الغانمين ليست كسائر حقوق الشركاء ؛ إذ تتعلق بمالية المال المشترك ، لا بعينه ولذا يجوز للامام أن يبيع الغنيمة ، ولا يقسم إلا ثمنها^(٧) . ويحيى تمامه في موضعه^(٨) .

٢٨ - ن - : بناء على غلبة معنى المعاوضة في القيميات ، وغلبة تمييز الحقوق في المثليات عند الحنفية ، يختلف لديهم حكم بيع الشريك نصيبه مراجعة :

ذلك أن الشريكين لو اشترى على سواء قيمياً كدار أو حقل ، ثم اقتسماه ، لم يكن لأحدهما أن يبيع نصيبه مراجعة بنصف ثمن الدار أو الحقل . ولو اشترى مثلياً كمثرة أرادب من القمح أو الفول ، واقتسماه ، فإنه يكون واسعاً لمن شاء منهما أن يبيع نصيبه مراجعة بنصف الثمن^(٩) .

[وقد يلوح في توجيهه - كما يشير صاحب الهداية - أنه : بناء على المعاوضة ، لا يتعين أن يكون ثمن نصيبه هو نصف ثمن المجموع ، لأنه في القسمة قد يكون غائباً أو مغبواً ، بخلافه في المثليات المقسومة اقراراً ؛ إذ لا غابن ثم ولا مغبون - لأن القسمة بمعيار ضابط] .

ولأمر ما لم تكن هذه هي العلة عند صاحب البدائع . وإنما هي أن المراجعة لا تجوز إلا حيث يقبل الثمن الأول الزيادة ؛ فإن لم يقبل ، فإنه

(١) بدائع الصنائع ١٨/٧ .

(٢) سورة الانفال .

(٣) سورة النساء .

(٤) سورة المائدة .

(٥) سورة النساء .

(٦) المطى ١٢٨/٨ .

(١) رد المحتار ٦٧/٥ - ٦٨ .

(٢) ر : ف : ٨٢ - ٨٦ .

(٣) فتح القدير ٢٤٨/٨ - ٢٤٩ .

وغيرهما^(٦). كما كان يقسم الموارث والزكوات بين مستحقيها . ولا يخلو قسمه بين زوجاته في المبيت من التنبيه على قسمة سائر الحقوق - حتى المالية منها .

١ - ففي الصحيح عن أنس : « لما قسم النبي صلى الله عليه وسلم غنائم حنين - إلى آخر الحديث الطويل في قصة عتب الأنصار^(٧) .

٢ - وعند أبي داود من حديث سهل بن أبي حثمة : « قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خير نصفين : نصفاً لنوابه وحاجاته ، ونصفاً بين المسلمين - قسمها بينهم على ثمانية عشر سهماً » . قال صاحب التنقيح استاده حسن^(٨).

٣ - وعند البخاري عن أبي موسى : انه سئل عن ابنة ، وابنة ابن ، وأخت ، فقال : للبنت النصف ، وللأخت النصف ؛ واثبت ابن مسعود . فسل ، فقال : لقد ضللت ، أقضي فيها بما قضى النبي صلى الله عليه وسلم : للابنة النصف ، ولبنت الابن السدس - تكملة الثلثين وما ، بقي فلأخت^(٩).

٤ - وعند أبي داود من حديث الصدائي : « أن رجلاً سأل النبي صلى الله عليه وسلم أن يعطيه من الصدقة ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أن الله لم يرض بحكم نبي ولا غيره في الصدقات ، حتى حكم فيها هو ، فجزأها ثمانية أجزاء - فإن كنت من تلك الأجزاء أعطيتك^(١٠) .

أضيف - على اعتبار أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه - قوله عز اسمه : « ونبتهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محض^(١١) » ، « لما شرب ولكم شرب يوم معلوم^(١٢) .

٣٠ - وأما السنة : فقوله صلوات الله عليه وفعله وتقريره :

أ - فمن قوله :

١ - « إذا قسمت الدار وحدت ، فلا شفعة فيها » وهو من حديث أبي هريرة عند أبي داود وغيره ، ورجال استاده ثقات . وفي معناه حديث جابر عند البخاري : « قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم . فاذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق ، فلا شفعة^(١٣) .

٢ - « ان الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ، ألا لا وصية لوارث » وهو عند الأربعة إلا النسائي من حديث أبي أمامة . واستاده قوي^(١٤).

٣ - أيما دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية ، وأيما دار أدركها الاسلام ولم تقسم فهي على قسم الاسلام^(١٥) .

ب - ومن فعله . « أنه صلى الله عليه وسلم كان يقسم الغنائم بين المسلمين » وهو حديث متفق عليه ، من أحاديث جابر وابن مسعود

(١) سورة القمر .

(٢) سورة الشعراء .

(٣) نيل الأوطار ٣٢١/٥ .

(٤) الدراية في تخرج أحاديث الهداية ٢٩٠/٢ .

(٥) هذا الحديث لكره ابن رشد في بداية المجتهد ٢٦٥/٢

وهو من أحاديث الموطأ (نيل الأوطار ٢١٧/٥) ولا تعرف

درجة ثبوته ، وغير منه الحديث المشهور أن لما عطى كل ذي

حق حقه « نيل الأوطار ٣٦١/٦ فانه أمر بالقسمة اذا طلبها

لنوح ، والامر باصل وضعه للوجوب فلهذه مشروعية وزيادة

(٦) تلخيص الحبيب ١٩٧/٤ .

(٧) عند احمد والبخاري (نيل الأوطار ٢٩٠/٧) .

(٨) الدراية في تخرج أحاديث الهداية ١١٩/٢ وتحتة الفتاوى

٢٨٠/٢ .

(٩) الدراية في تخرج أحاديث الهداية ٢٠٤/٢ .

(١٠) بداية المجتهد ٢٧٥/١ وهو عند ابن داود ، وفي استاده

عبد الرحمن بن زياد الأبرقي « تكلم فيه » (نيل الأوطار

١٩٢/٤ ط . مصطفى الحلبي) .

صالحوهم عليه . فقال بعضهم : اقتسموا . فقال النبي صلى الله عليه وسلم فتدركوا له الذي كان ، فتنظر الذي يأمرنا . فقدموا على النبي صلى الله عليه وسلم فذكروا ذلك له . فقال وما يدريك أنها رقية ؟ ثم قال قد أصبتم ، اقتسموا ، واضربوا لي معكم سهما . وضحك النبي صلى الله عليه وسلم^(١) .

٣١ - وأما الاجماع : فقد كان الناس - وما زالوا - منذ عهد رسول الله صلوات الله عليه حتى يومنا هذا يتعاملون بالقسمة ، في الموارث وفي غير الموارث ، دون نكير من أحد . قال صاحب البدائع : « فكانت شرعيتها متوارثة »^(٢) .

المطلب الثاني

حكمة المشروعية

٣٢ - [لو خلت الشركة من كل عيب وعوار لكان مجرد الاستقلال بالتصرف في الملك دون حسيب أو رقيب - بطريق القسمة - هو في ذاته مطلباً جديراً بأن يستهوى النفوس ، وتتعلق به الرغبات ، وتدعو إليه حاجة الانسان - بما هو انسان يحب للحرية بطبعه - ولو عاد بشيء من الغرم والخسار . كيف ومساوي الشركة ، ومفاسد تعدد الشركاء ، واصطراع طبائعهم وميولهم واطماعهم ، وضيق الناس بذلك كله مما يجري مجرى الامثال .

أليس الانتفاع الصالح بالمال المشترك في أمس الحاجة إلى اتخاذ وسائل حفظه وصيانته ذاتاً ومنفعة وثمرة - دع التحسين والتعديل : أليس المال في حاجة إلى ترميمه ، ووضع الأسيجة أو

٥ - وعند الشيخين من حديث عائشة : « ما رأيت امرأة أحب إلي أن أكون في مسلاخها من سودة . فلما كبرت قالت قد جعلت يومي منك يا رسول الله لعائشة . فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومين : يومها ويوم سودة^(١) .

وفي مراسيل حماد بن زيد عند الترمذي وغيره - وبعضهم يسنده من حديث عائشة - « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعدل في القسم بين نسائه ، ويقول : اللهم هذا قسمي فيما أملك ، فلا تلمني فيما لا أملك - يعني القلب^(٢) » وقد وقع لأبي داود بصيغة الاطلاق هكذا : « كان رسول الله يقسم فيعدل فيقول . الخ وعلقت عليه ابن حزم قائلا : « انه عموم في كل قسمة »^(٣) .

ح - وأما تقريره : فلا شك أن قسمة الموارث وغيرها كانت تقع على عهد صلوات الله عليه فيسدد ولا ينكر .

ومن ذلك اقتسام أجر الرقية في حديث الجماعة إلا النسائي . ولفظ البخاري عن أبي سعيد : « انطلق نفر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم في سفرة سافروها ، حتى نزلوا على حي من أحياء العرب فاستضافوهم فأبوا أن يضيفوهم . فلدغ سيد ذلك الحي ، فسعوا له بكل شيء لا ينفعه شيء . فقال بعضهم : لو أتيتهم هؤلاء الرهط الذين نزلوا لعلهم أن يكون عندهم بعض شيء . فأتوهم . . . فقال بعضهم : إني والله لأرتقى : ولكن ، والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا ، فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلا . فصالحوهم على قطع من الغنم . فانطلق يتفل عليه ويقرأ : الحمد لله رب العالمين ، فكأنما نشط من عقال ؛ فانطلق يعيش وما به قلبة (بفتحتين : علة) . فافوهم جعلاهم الذي

(١) نيل الاوطار ٢٨٩/٥ .

(٥) البدائع ١٧/٧ ورد المحتاج ١٦٦/٥ وفتح القدير ٢٤٨/٨ ومغنى المحتاج ٤١٨/٤ والمغنى لابن قدامة ٤٨٨/١١

(١) الدراية في تخرير احاديث الهداية ٦٧/٢ .

(٢) الدراية في تخرير احاديث الهداية ٦٦/٢ .

(٣) المحلى ١٢٨/٨ .

الفرع الثالث

تقسيمها

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

تقسيمها باعتبار الحاجة إلى تقويم وعلمه

٣٣ - القسمة بهذا الاعتبار أقسام ثلاثة :

- ١ - قسمة افراز ٢ - قسمة تعديل
- ٣ - قسمة رد .

٣٤ - قسمة الافراز : انه عندما لا تكون ثم حاجة إلى تقويم المقسوم - أعني ما يراد قسمة - لعدم تفاوت الأغراض ، أو لأنه تفاوت من التفاهة بحيث لا يعتد به ، تكون القسمة قسمة افراز^(١)، لأنها لا تتطلب أكثر من افراز كل نصيب على حدة بمعياره الشرعي : كبل أو وزنا أو ذرعا أو عدا . وتسمى أيضا قسمة المنشأيات : لأنها لا تكون إلا فيما تشابهت أنصباؤه حتى لا تفاوت يذكر ، أو القسمة بالأجزاء : لأن نسبة الجزء الذي يأخذه كل شريك ، هي بعينه نسبة حقه - إلى المال المشترك . ذلك انما يكون في المثليات المتحدة النوع - كدنانير بلد بعينه ، وكالقمح الهندي ، والأرز الياباني ، وكالأدهان المتماثلة من شبرج أو زيت أو عطور أو ما إليها^(٢) - وفيما شاكلها من القيميات المتحدة النوع كذلك : كالمنسوجات الصوفية أو الحريرية أو القطنية^(٣)؛ وكالكتب ، والأقلام ، والساعات

الأسوار حوله ، ومدافعة الطامعين فيه ، ومقاضاة المدعين ، وانصاف أرباب الحقوق العارضة . أليست العقارات الزراعية تتطلب التمهيد وحسن الرعاية منذ بلده زراعتها إلى أوان جنيها ؛ وكذلك غير الزراعية ، مما يعد مساكن أو متاجر أو مصانع أو مدارس أو ما إلى ذلك ؛ بل وغير العقارات ، كالآلات الزراعية والصناعية وما شاكلها ، والماشية وما يجري مجراها ؛ سواء كان الشركاء هم المتفعين بأنفسهم أم كان انتفاعهم بواسطة غيرهم . ثم من هؤلاء الوسطاء ؟ وبأية شروط تكون وساطتهم أجرا ومدة ؟ وما ينحو هذا المنحى .

[وفي كل صغيرة وكبيرة من هذا كله ، يعرض الخلف ، وتتعارض الرغبات وتتناقض الآراء ، ويشجر النزاع ، وتضيق المصالح ، ويتعطل المال أو يتلف ، أو تتخطفه الأيدي المبطله - وربما كان هذا المبطل أحد الشركاء أنفسهم : يخون ويتلاعب ، أو يخور ويستعلن - بماله من حول وطول . فإذا الشركة خطر كبير ، وشر مستطير ، وععب باهظ ثقليل . يود كل شريك لو يلقيه عن عاتقه في أول حفرة تصادفه في طريقه الوعر ، فيسوي حصباها إلى الأبد ، ثم يتنفس الصعداء ، مستريح النفس ، قريح العين - واثقا أن قد عادت إليه حريته ، وانطلقت من عقالها يده ، وان كل جهد يبذله منذ اليوم فعليه وحده عائده ؛ وكل تهاون أو إهمال فهو الذي يوخيم عاقبته يصلى ، لا يشركه في شؤم مصيره أحد . وكفى بهذا واعظا ونذيرا أو هاديا وبشيرا ، لا يتوقع بعده إلا كل خير وصلاح] .

ولذا يقول فقهاؤنا : ان القسمة توفر على كل شريك مصلحته كاملة . وبعبارة أخرى ، انها لتكميل نفع الشريك^(١).

(١) بدائع الصنائع ١٧/٧ ، وقواعد ابن رجب ص ١٤٤ ، ومغني المحتاج ٤١٨/٤ ، المحلى ١٣١/٨ .

(٢) الباجوري على ابن قاسم ٢٥٢/٢ .

(٣) قال الأقرمي وغيره من الشافعية تشترط السلامة في العيوب والتقود ، لأن الحب المحبب والتقيد المشفوش معدودان من الخسومات . واستدركوا عليهم في التقيد : فإنه مثلي رغم غشه - اذا جازت المعاملة بالشفوش ، كما هو الراجح (مغني المحتاج ٤٢١/٤) .
(٤) فان هذه ليست مثلية عند الشافعية ، وكذلك اللبن والاجر الذي افرغ في قوالب متساوية .

لا تتعادل بذاتها ، وإنما عدلت باعتبار القيمة . يوضحه أنه ربما كان المال المشترك بين اثنين مناصفة ، ولكن قيمة ثلثه - لما اختص به من مزايا - تساوي قيمة ثلثيه : فيجعل في القسمة الثلث المذكور سهما بحق النصف ، والثلثان سهما آخر بحق النصف الآخر ؛ كما أن الساعة قد تجعل سهما بحق النصف ، والقلم سهما آخر بحق النصف الآخر - ان كانت قيمتهما تساوي قيمتهما .

أما إذا لم تعدل الأنصباء ، بل تركت متفاوتة القيمة اختياراً أو اضطراراً ، بحيث يكون على الذي يأخذ النصيب الزائد أن يرد على شريكه قيمة حقه في تلك الزيادة - فهله هي ، ٣٦ - قسمة الرد .

سميت بذلك لمكان الحاجة فيها إلى رد مال أجنبي عن مال الشركة إلى بعض الشركاء . وهي قسمة تعديل أيضاً - ولكن يشار إليها بفصلها المميز . وإذا أطلقت قسمة التعديل فاعلم أنصرف إلى ما لا رد فيها . وهالك مثالين لقسمة الرد ، أحدهما يمثلها في حالة الاختيار والآخر في حالة الاضطرار :

المثال الأول: أرض مشتركة بين اثنين مناصفة ، وفي أحد جانبيها بئر لريها لا تمكن قسمتها . فقد يمكن أن تقسم الأرض نصفين على سواء ، ويكون على الذي يأخذ النصف الذي فيه البئر نصف قيمتها والذي يأخذ النصف الآخر . وهذه قسمة رد .

ويمكن^(١) أن تقوّم الأرض والبئر معاً بألف وخمسمائة مثلاً ، للبئر منها ثلثها : فيأخذ أحدهما البئر وربع الأرض ، ويأخذ الآخر الثلاثة الأرباع الباقية . وهذه قسمة تعديل لا رد فيها .

والأحدية ؛ وكالدالر الواحدة التي في كل من جانبيها مثل ما في الآخر من الأبنية - تصميمياً ، وأدوات بناء ، وإحكام صنعه ، وعدد حجر : مع امكان قسمة الساحة الفاصلة بين الجانبين . وبالحملة عندنا تتساوى الأنصباء صورة وقيمة^(٢) .

وعندما تدعو الحاجة إلى تقويم المقسوم ، لأن الانصباء فيه ليست بهذه المثابة : بسبب أنه لا يمكن قسمة كل نوع منه على حدة - كساعة وكتاب وقلم ؛ أو شاة وبقرة وبعير ؛ أو سيارة ركوب وشاحنة وجرار زراعي وماكينه ري - أو يمكن أن يقسم كل نوع على حدة - كأرض زراعية تقليدية ، أو حدائق عنب أو برتقال ، مع دور متشابهة - ولكن الشركاء آثروا في القسمة أن يستقل هذا بنوع وذاك بآخر ؛ أو كان النوع الواحد متفاوت النفع والقيمة - ولو باعتبار ما فيه مما ليس في الأصل منه كالبناء والشجر في الأرض - كأن كانت الدار الواحدة ، أو الدور المتعددة ، منها المقام بالبنين ومنها المقام بالآجر ، أو منها المظل على على البحر والمظل على المستنقع ؛ أو كانت الأرض الزراعية منها الجليد ومنها الرديء ، ومنها حدائق الخوخ وحدائق التفاح ، ومنها القريب ومنها البعيد - إما من مجاري الماء ، وإما من مكان السكنى . فحينئذ ان جعلت الأنصباء متعادلة باعتبار القيمة - بحيث لا تريد قيمة نصيب عن حق صاحبه في المال المشترك : فهذه تسمى ، ٣٥ - قسمة التعديل لأن الأنصباء

(١) نهاية المحتاج ٢٧٢/٨ ، ومغني المحتاج ٤/٢٢١ ، ٤٢٢٠ والتجريد الفيد ٣٧/٤ وقد قالوا في قسمة ثلاثية اعمد زنجية متساوية القيمة ان قسمتها قسمة تعديل لا تفرز ، لاختلاف الصورة - رغم اتحاد النوع والقيمة الاتباع على ابن شجاع مع الشيخ عسوز ٢٧٢/٢) لكنهم يحرموا منها ثلاثة أبواب كذلك ، والصورة مخصصة: فكان هذا مما اشكل وجهه - وميل البلجوري الى انها افرز ، ولا تكون قسمة تعديل الا اذا فرض تفاوتت في القيمة : كان كل احد الابد الثلاثة تساوي قيمة قيمة المبدئين الآخرين (البساجوري على ابن قاسم ٢/٢٥٤)

(٢) هذا التفسير مخرج به في كلام الماوردي والشيрази وغيرهما (المذهب ٢/٢٠٨ ، ونهاية المحتاج ٢٧٢/٨ والبلجوري على ابن قاسم ٢/٢٥٢ .

المتحدة الجنس أيضا - وان كان للتقويم في هذا الأخير مجال ، وتنبهه قسمة التعديل ، لأن أجزائه قد لا تتعادل تلقائيا ، وإلى جانب ذلك هم مصرحون في مختلف الجنس بأن لا مانع من قسمته جمعا مع التعديل بالقيمة ^(١) عند التراضي - سواء أقتضى ذلك التعديل ضم نفود خارجية إلى المال المشترك أم لا ^(٢) . والجنس الواحد كذلك عندهم حين تتفاوت قيمة أجزائه ، لبعض المزايا الحسية أو المعنوية ؛ ولذا فقد جاء في النخيرة من قول محمد : « إذا كانت الدار بين ورثة فاقسموها وفضلوا بعضها على بعض لفضل قيمة البناء ، فهذه القسمة ، وهذا التفضيل جائزان . وصورته : إذا كانت بين وارثين ، وهي ثلاثون ذراعا قيمة عشرة أذرع من جانب مثل قيمة عشرين ذراعا من الجانب الآخر - إما لأجل البناء أو لمعنى من المعاني - فاقسما على أن يكون لأحدهما هذه العشرة ، وللآخر عشرون ، فهذه القسمة جائزة : اكتفى فيها بالمعادلة من حيث المعنى - وهو المالية - عند تعذر المعادلة من حيث الصورة بالذرعان ^(٣) . فهذه قسمة تعديل . وينص الكاساني في البدائع على أن البناء يدخل في القسمة - وان لم يتعرض له فيها ، ولا لقيمتها ؛ لأن المجموع شيء واحد

فإذا قسمت على النحو الأول فهي قسمة رد يؤثرانها اختيارا دون أن تلجئ إليها ضرورة .

ومثل البئر غيرها كشجرة أو بناء لا يقسم أو منجم (معدن) ^(٤) كذلك .

المثال الثاني : لو فرضنا في المثال السابق أن قيمة البئر تساوي أكثر من قيمة الأرض كلها ، فحينئذ لا يكون بد من أن يرد آخذها على الآخر قيمة ما بقي له في تلك البئر بعد التعديل بالقيمة . فإذا كانت قيمة الأرض ألفا ، وقيمة البئر ألفا ومائتين ، فإن نصيب كل منهما يكون ما قيمته ألف ومائة . فإذا أخذ أحدهما الأرض كلها وترك البئر ، رد عليه الآخر مائة ؛ وإذا أخذ بعض الأرض فقط رد عليه الآخر أيضا قيمة ما ترك له منها ^(٥) .

٣٧ - وهذا التقسيم للشافعية . ويلخصونه بأن المقسوم ان تساوت الأنصباء منه صورة وقيمة فالافراز ، وإلا فإن لم يحتج إلى رد شيء آخر فالتعديل وإلا فالرد ^(٦) . وقد صرح الحنابلة بمثله ، وان لم يبرزوه إبراز الشافعية . ومن ذلك قول ابن مفلح في الفروع : « وتعدل السهام بالأجزاء إن تساوت ، بالقيمة ان اختلفت ، وبالرد ان اقتضته » ^(٧) وهي في الأصل عبارة ابن قدامة في المقنع ^(٨) .

٣٨ - [كما أن مقررات الحنفية لا تأباه : فقد علمنا فيما سلف أنهم يغلبون معنى الافراز في المثليات المتحدة الجنس ، ويلحقون بها القيميات

(١) نعم حيث لا تشاح يصح التراضي على قسمة متفاوتة الانصباء ولذا يقول صاحب تنوير الإبرار : القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الأموال الربوية جائزة (رد المحتار ١٧٢/٥) . ومثله وأكثر للشافعية ، ففي نهاية المحتاج : قد يفهم مما ذكره في حالة تساوي الأجزاء واختلافها أن الشركاء الكاملين لو تراضوا على خلاف ذلك أمتنع ، وهو غير مراد ، بل التفاوت جائز يرشاه جميعهم كاملين وان كان جزاءا - كما يظهر من إطلاقهم - ولو في الربوي ، بناء على أن هذه القسمة افراز لبيع ، والربا إنما يتصور في العقد دون غير . ويعلم مما تقرر أنها لو كانت بيعا أمتنع ذلك في الربوي ، إذ لا يجوز لأحد أخذ زائد على حقه فيه ، ولو مع الرضا (٢٧٢/٨) وكذا للملكية . (التحفة وحواشيها ٧٠/٢)

(٢) بدائع الصنائع ٢١/٧ ، ٢٢ .

(٣) شرح المجلة للتكملي ٩٢/٤ .

(٢) المعدن : (يكسر الدال) : منبت الجواهر ، من ذهب وفضة ونحو ذلك : قيل له ذلك لأن أهله يقيمون فيه صيفا وشتاء لا يبرحونه ، أو لأنبت الله عز وجل ذلك فيه . (محيط المحيط) .

(٢) معنى المحتاج ٤٢٢/٤ ، ٤٢٢ ، نهاية المحتاج ٢٧٢/٨ ، ٢٧٤ والتجريد المقيد ٣٧١/٤ ، ٣٧٢ .

(٣) نهاية المحتاج ٢٧٢/٨ .

(٤) ٨٥٢/٢(٤) .

(٥) الانصاف ٣٥٦/١١

التعديل إلا بذلك . أما محمد فيبدأ بالقسمة مساحة، ثم يوفي مقابل الزيادة من نصيب آخذها^(٤) وفي البحر الرائق تفصيل في رد غير الدراهم ، فانظره .

٣٩ - ولا بد عند المالكية من التقويم^(٥) في كل شيء تراد قسمته بالقرعة عقارا أو متقولا^(٦) ، باستثناء شيئين اثنين على خلاف عندهم في استثنائهما :

١ - الثلثيات - وهي المكيلات والموزونات والمعدودات « المتفقة الصفة »^(٧) . فإنها تقسم كيلا أو وزنا أو عدا . والاستثناء انما هو على القول بقبولها القرعة ، فان ابن عرفة في فتاويه ، تبعاً للباجي ، لم يفرق بينها وبين القيميات^(٨) . وعبارة ابن القاسم في المدونة : « قال مالك تقسم الأشياء كلها على القيمة ، ثم يضرب بالسهم^(٩) » [وهذا قد يفيد أيضا أنها تقوم ولكنه غريب] .

٢ - العقار المتفق المباني : بأن يكون في كل من جانبيه مثل ما في الآخر عينا ومنفعة . فانه يجوز عند بهرام أن يقسم بالمساحة . وجرى الخرشى على عدم اعتماده^(١٠) واعتمده في حواشي التحفة^(١١) . [ولا معنى لافراد عقارات البناء بهذا الحكم ، بل يبدو أن مثلها كل قيمى متساوي الأجزاء ، وان لم يصرحوا به] .

٤٠ - فالت ترى قسمة الافراز واضحة لائحة

حكما ، وقسمة بعضه دون بعض لا تجوز^(١٢) : ثم يكون على آخذها قيمة ما كان لشريكه فيه^(١٣) فهذه قسمة رد] .

[وقد يبدو للتأمل ما بين تصوير محمد والتصوير الذي حكاه الكاساني من فرق في طريقة التعديل : ففي تصوير محمد جعل مقابل الزيادة - حصة كانت أم معنوية - من نفس المال المشترك ، بينما جعل فيما عند الكاساني من خارجه . وقد لا يكون هذا الفرق مقصودا هنا ، لأن الصورة التي فرضها محمد صورة تراض ، وللشركاء أن يراضوا على ما شاءوا مما ليس بمحظور شرعي - كما أسلفناه آنفا^(١٤) ولكنه فرق متحتم عندما تكون هذه القسمة قسمة اجبار فقد سلك الكاساني - وإن لم يصرح - طريقة الامام إذ عنده تقسم الأرض بالمساحة - لأن هذا هو الأصل في المسوحات ، ثم يرد من وقع البناء في نصيبه ، أو من كان نصيبه أجود لأمر ما ، قيمة ما أخذ فوق حقه من خارج المال المشترك ، للضرورة ، إذ الأصل أن القسمة لا تكون فيما لا شركة فيه . بينما محمد لا يرى ضرورة للخروج عن هذا الأصل ، ما دام الرد من المال المشترك ممكنا ، فاذا فرضنا أن الزيادة التي أخذها لا يفي بها أصل نصيبه ، فحيث قد فحسب يوفي ما بقي من خارج ، إذ الضرورة تقدر بقدرها .

ولا يختلف رأي أبي يوسف من حيث المآل عن رأي محمد - وان كان أبو يوسف يبدأ في القسمة بالتقويم ، وقسمة القيمة ، ثم يوفي كل شريك بجزء من المال المشترك يساوي جزء القيمة الذي يخصه - كما صورناه في الشق الثاني من الترديد ، في أول مثالي الرد عند الشافعية - ويلزمه بالضرورة أن يلجأ إلى التعديل بضم شيء من خارج المال المشترك ، إذا لم يمكن

(٤) فتح القدير ٣٦٢/٨ ، ٣٦٤ ، والبحر الرائق ١٧٤/٨ .
(٥) ويقوم مقامه التحري ، أي الخرص في قسمة الزرع قبل بدو صلاحه بشرط القطع (بلفظة السالك ٢/٢٢٢) وكذا فيما يقبل التفاضل من غير القروصحت .

(٦) إذا قورنت خمس شياء بقيمة خمس عشرة تصادلا نصفين في قسمة القرعة ويجوز خلاف ذلك بالتراضي (المدونة الكبرى ١١١/١٤) .

(٧) الفواكه الدواني ٢٢٧/٢ .

(٨) الخرشى ٤٠٢/٤ .

(٩) ٢٢٦/١٤ (٩) .

(١٠) ٤٠٢/٤ (١٠) .

(١١) ٦٨/٢ (١١) .

(١) في البحر الرائق : لو اقتسما على أن تكون الأرض لاحدهما والبناء للآخر ان شرطا بقاء البناء ففسدت القسمة ، والا

صحت ١٧٦/٨ .

(٢) البدائع ٢٧/٧ ، ٢٨ .

(٣) ص ٢٨ تطبيق ١٠ .

وأما بالمرأضة بأن يقول أحدهما لصاحبه أنت بالخيار بين أخذ الصغيرة وتأخذ كذا ، أو الكبيرة وتدفع كذا - من غير قرعة - فيجوز^(٣) ومثله في التحفة وحواشيها^(٤) ومثلا بدارين^(٥) . وظاهر المدونة جواز قسمة الرد باطلاق - وان كان كلامها في العقار^(٦) .

المطلب الثاني

تقسيمها باعتبار ارادة المتقاسمين

٤١ - القسمة بهذا الاعتبار قسمة ١ - قسمة تراض ٢ - قسمة إجبار . ذلك أن الشركاء قد يرغبون جميعا في قسمة المال المشترك ، أو يرغب بعضهم ويوافق الباقون على أصل القسمة وعلى كيفية تنفيذها ؛ فلا تكون بهم حاجة إلى اللجوء إلى القضاء : وتسمى القسمة حينئذ قسمة تراض .

وقد يرغب واحد أو أكثر ، ويأبى غيره ولو من كيفية القسمة - فإذا لجأ الراغب إلى القضاء ، فإن القاضي يتولى قسمة المال وفق الأصول المقررة شرعا ؛ وتكون القسمة حينئذ قسمة إجبار . وان شئت فقل : قسمة قضائية إجبارية .

فقسمة التراضي : هي التي تكون باتفاق الشركاء .

(٣) الفواكه الدواني ٢/٢٧٢ .

(٤) ٧/٢ .

(٥) أحدهما بمائة والأخرى بستين أو تسعين : لا يجوز بالقرعة أن يستقل كل بدار ، على أن يزيد من أخذ أفضل الدارين عشرين في الحالة الأولى ، أو خمسة في الحالة الثانية ، ورخص في هذه الأخيرة للخمس ، أي وفي كل حالات القلة - وقد رويها بنصف المشر أو نحوه ، ففي عبارة الخرشى : والقلة كنصف عشر (٤/٤٠٩)

(٦) وأقرت القوانين الوضعية قسمة الرد للحاجة العملية إليها ، ويسمونها القسمة بمعدل (الوسيط للمنهوري ٣/٨٩٠) إلا أنهم صبروها على حالة الضرورة [وهذا واضح لأنهم يتكلمون في قسمة الإيجار]

عند المالكية وموافقهم في قسمة المثليات المتفقة الصفة^(١) وفي قسمة العقار المتفق المباني .

الأول على معتمدهم ، والثاني على قول بهرام ومعتمديه ؛ وقسمة التعديل فيما عداهما^(٢) .

أما قسمة الرد ، فالمالكية يشتبونها على التراضي من غير قرعة ، لأنطواء القرعة فيها على الفرر الكثير : إذ قد يريد أحد الشريكين أخذ الأحظ وتحمل الفرق أو عكسه ، ولكن القرعة تخرج له ما لا يشتهي . وقد أثبتنا خليل في قسمة القرعة أيضا لكن في الشيء القليل ، إلا أنهم لم يعتمدوه . وفي ذلك يقول النفراوي في الفواكه الدواني : « ولا يؤدي أحد الشركاء ثمنًا لشريكه لزيادة في سهمه . مثال ذلك أن يكون المشترك فيه ثوبين ، وكان أحدهما يساوي دينارين ، والآخر يساوي دينارًا ، واقتراعا على أن من صار له الذي يساوي الدينارين يدفع نصف دينار ليحصل التعادل - فإن ذلك غير جائز ؛ لما يلزم من دخول قسمة القرعة في صنفين ، وهو غير جائز في قسمة القرعة . قال خليل - بالعطف على ما لا يجوز - « أو فيه تراجع : إلا أن يقل » . والمعتمد عدم الجواز ، ولو قل ما به التراجع . ولذلك قال ابن أبي زيد « وإن كان في ذلك الفعل الذي دخلا عليه تراجع لم يجز القسم بوجه من الموجه - إلا بتراض منهما فيجوز ؛ لأن قسمة المرأضة يجوز دخولها في الجنسيتين » . وحينئذ فما يقع بين العوام من (الفصا) - وهو قسمة المواسي - من جعل نحو البقرة قسما ، وبتتها مع بعض دراهم قسما آخر ، ويدخلان على القرعة ، فاسد - وإن استحسنته اللخمي بالشيء القليل ، ومشى عليه العلامة خليل . فقد علمت أن المعتمد - كما قال ابن عرفة المنع مطلقا .

(١) وهذا التقييد من دقته المحمودة ، وله شواهد في كلام الشافعية (نهاية المحتاج ٨/٢٧٢ ، مفتي المحتاج ٤/٢٢٢) (٢) هذا بالنسبة لقسمة القرعة ، أما قسمة التراضي فقد تكون بتقويم وتعديل وقد تكون بدونهما (حواشي التحفة ٦٨/٢)

حقا خالصا له^(٤). نعم ان لم يمكن الوصول إلى الحق إلا جبرا على هذه المبادلة ، فانه يجبر عليها - كقضاء الدين^(٥).

٤٤ - لكن شريطة الاجبار: بعد طاب القسمة^(٦) انتفاء الضرر . والمعنى بالضرر هنا : هو فوات المنفعة المقصودة من المال المشترك . وهناك ثلاثة آراء في تحديد مداه : الرأي الأول : انه الضرر العام فحسب ، أعني الذي لا يخص شريكا دون آخر : بأن بطلت بالنسبة لكل شريك المنفعة المقصودة من المال المشترك - كما لو كان حجم البيت أو الحمام أو الطاحون صغيرا ، لا ينقسم بعدد الشركاء بيوتا وحمامات وطواحين ؛ وكما في قسمة الجوهره ، والثوب الواحد ، والحذاء ، والجدار^(٧) ، والبقرة ، والشاة . فهذا الضرر هو

وقسمة الاجبار : هي التي تكون بواسطة القضاء ، لعدم اتفاق الشركاء^(٨).

٤٢ - ثم ليس حتما في قسمة الاجبار أن يتولاها القاضي بنفسه ، أو بمن يندبه لذلك . بل له أن يحبس المنتع من القسمة حتى يجب إليها ويحدد له القاضي مدة معقولة لانعامها بصورة عادلة .

وفي كلام الحنفية اشارة صريحة إلى نحو من هذا إذ يقولون : « ليست القسمة بقضاء على الحقيقة ، حتى لا يفترض على القاضي مباشرتها ؛ وانما الذي يفترض عليه جبر الآبي على القسمة »^(٩).

٤٣ - وقد علمنا فيما سلف^(١٠) أن قسمة النوع الواحد تقبل الاجبار عند الحنفية مثليا كان كالحبوب أو الأدهان أو الجوز أو البيض (ويكفي تقارب المثل العديدي) أم قيميا كالابل أو البقر أو الغنم ؛ وكذا عند الصاحبين للدور أو الحوانيت في بلد واحد ، والأراضي الزراعية أو البساتين كذلك . أما قسمة الأنواع المختلفة - كخليط من الأمثلة الآنف ذكرها - قسمة الشيء الواحد ، حتى يستقل الشريك بنوع أو أكثر (وهي من قسمة الجمع) فهذه لا تقبل الاجبار ، لمكان فحش تفاوتها وتفاوت الرغبات فيها : فيتعذر تعديلها ، وينطوي الاجبار عليها على الجور والضرر . فاذا تراضى الشركاء عليها فلا مانع منها حينئذ ، لأن ما عساه يكون قد فات بها من حق أحدهم فانما فات بطيب نفس منه ؛ والذي يملك الحق يملك اسقاطه ، ما دام

(٤) فتح القدير ٢٥٠/٨ ، ٢٥١ .

(٥) مجمع التهر ٢/٤٨٨ .

(٦) لأن القسم بدون طلب واحد من الشركاء لاصحة لها ، إذ لا يجوز التصرف في ملك الغير بغير اذنه . وعند طلب البعض يقوم اذن الشارع مقام اذن الآبي - دفعا للضرر عن الطلب (رد المحتار ٥/١٦٦) .

(٧) وهذا في الجدار هو معتد الشافعية والحنابلة وعلوه بأنه ان قسم عرضا : بحيث يكون لكل واحد نصف العرض في كمال الطول كان افسادا وان قسم طولاً : بحيث يكون لكل واحد نصف الطول في كمال العرض ، فلابد من قطعه ، وهو اتلاف - والا لزم اضرار كل بصلابه بتحصيله على نصيبه فلا ليس له (الشرح الكبير ١١/٤٩٥) ومفني المحتاج ٢/١٨٦ (المعتد عند المالكية وهو قول للشافعية والحنابلة انه يجبر على قسمته طولاً في كمال العرض من الشريكين بنصيبه ، قياسا على ما لو اراد احدهما قسمة مكان الجدار بعد انهاده (ويسمونه عرصه الجدار . زاد بعض الحنابلة وعرضا في كمال الطول ، ان اتسعت العرصه لجدارين . وهو جواب ابن القاسم في الخونة إذ يقول : « ان كان لا يدخل في ذلك ضرر وكان ينقسم ، رايه ان يقسم ذلك بينهما (١٤/٢٢٠) وعليه بعض حواشي المالكية لكن لا يبعد الاتساع لجدارين بل يتماثلن شرط على ان من وقعت حصته في جهة صاحبه حمل له جنونه (الفرشي ٤/٢٧٤) اما بالتراضي فلا بأس عند الجميع بآية صورة . لكن نص المالكية في حالة قسم العرصه على انه لابد ان يأخذ كل واحد ما يليه - والا فقت شريطة الاتساع بالبيع ، فبطل القسمة ، اذ هي بيع (الفرشي ٤/٢٧٤ والمهذب ٢٠٧/٢٠٨ والشرح الكبير ١١/٤٦٦ والاتصاف ١١/٢٢٨)

(١) سيأتي انه اذا كان في القسمة اضرار - بجميع الشركاء لا يجبر عليها . فان تراضوا جاز - في رواية أن يقسمها لهم القاضي . فهي قسمة تراض وقضاء ممسا (فتح القدير والعناية ٨/٢٥٧) .

(٢) العناية على الهداية مع فتح القدير ٨/٢٥١ .

(٣) ف ٢٦ ، ٢٧ .

الرأي الثالث : انه الضرر الذي لا ينخص الممتنع فيشمل الضرر الخاص بطالب القسمة والضرر العام أي عكس الثاني . لأن ضرر الممتنع ليس ضررا حقيقيا - كما أوضحناه - فلا يعتد به . وإنما ينظر في ضرر الطالب : فاذا انتفى فليس ثم مانع ما من الاجبار على القسمة ؛ وإذا لم ينتف ، كان متعنتا بطالب القسمة ؛ والمتعنت لا يلتفت إليه ؛ وقسمة الإيجار لا تكون بدون طلب معتد به . وهذا هو الذي قرره الخصاص ، وجرى عليه القلوري ، وقال في الهداية إنه الأصح (٢).

[ولا يخفى أن الثاني والثالث مترجحان . سيما إذا لاحظنا أن الطالب المستضر بالقسمة قد رضى بضرر نفسه ، وليس حتما أن يكون متعنتا ، فقد يؤثر منفعة أخرى أقل يتفرد بها على مشاكل الشركة وشروطها - وهذا كثيرا ما يقع : كشريك في منشئ للخشب يؤثر أن يستقل منه بجانب صغير يحوله إلى « محل حلوى وسجاير » . ولذا كان هناك من لا يزال يعول على تصحيح كلام الحاكم الشهيد - وكان من هؤلاء قاضي خان (٣).

٤٥ - وأحب أن ألفت النظر إلى أنه قد يكون ضرر الممتنع من القسمة ضررا حقيقيا . وذلك إذا كان المال المشترك مواضع متعددة ، ولو قسم قسمة تفريق - أي كل موضع على حدة - ما انتفع الممتنع بنصيب ما ؛ ولو قسمه جمع لا مجتمع له ما ينتفع به - وإنما يريد الطالب قسمة التفريق ، وهو يأبى إلا قسمة الجمع . وإذا عكس الوضع ، وكان هو الطالب ، فإنه أيضا لا يكون متعنتا ، ما دام أنما يطالب بقسمة الجمع لتكميل منفعته ، الذي هو مقصود القسمة .

ولم أر للحنفية نصا في هذه الجزئية ؛ وإن كانت أصولهم العامة - على طريقة الامام -

(٢) فتح القدير ٢٥٧/٨ والبحر الرائق ١٧٢/٨ والبدائع الصنائع ٢١/٧ .

(٣) البحر الرائق ١٧٢/٨ ورد المختار ١٧١/٥ .

الذي يمنع من الاجبار على القسمة ؛ لأنها لتكامل المنفعة ، وليس هنا إلا تفويتها ؛ فيكون من قلب الموضوع . وهكذا كل ما تحتاج قسمته إلى كسر أو قطع . ولذا قالوا لو كان مع ما لا يقسم - لما في قسمته من الضرر العام للمقتسمين ، من عين أو بئر أو نهر أو قناة - أرض ، قسمت الأرض وتركت البئر والقناة وما إليهما على الشركة . أما على التراضي فلا مانع من القسمة ، لأنهما يملكان الاضرار بأنفسهما - والقاضي لا يمنع بالقضاء من يقدم على اتلاف ماله (١). أما الضرر الخاص ببعض الشركاء دون بعض - كما لو كان نصيب واحد فحسب في البيت أو الحمام أو الطاحون هو الذي يتسع لمثل ذلك - فإنه لا يمنع الاجبار على القسمة ، سواء أكان المستضر هو طالب القسمة أم غيره . ذلك أنه إن كان المستضر هو طالب القسمة ، فقد رضى بضرر نفسه ، وبذا صارت القسمة كالتحالية من شوب الضرر - وإن كان الآخر ، فإن الضرر اللاحق بالمستضر من القسمة ليس - إذا أمعنا النظر - بضرر حقيقي ، بمعنى أنه يفوت به حق له ؛ وإنما كل ما هنالك انه - بسبب قلة نصيبه - يريد لنفسه استمرار الانتفاع بنصيب شريكه ، وهذا يأبى عليه ، ويطلب باستخلاص حقه ، وتكميل منافع ملكه ؛ ولهذا شرعت القسمة - ووظيفة القاضي القيام بواجب الانصاف ، واعطاء كل ذي حق حقه ؛ فيجب عليه ذلك هنا . وهذا هو الذي قرره الحاكم الشهيد .

الرأي الثاني : انه الضرر الذي لا ينخص الطالب ، فيشمل الضرر الخاص بالممتنع والضرر العام : لأن ضرر طالب القسمة يسقط اعتباره بطلبه ، إذ معناه رضاه بضرر نفسه ؛ أما ضرر الآخر (وهو الممتنع) فليس ثم ما يسقط اعتباره - والطالب لا يسلط على الاضرار بغيره . وهذا هو الذي ذكره الجصاص .

(١) البدائع ١٩/٧ ورد المختار ١٧١/٥

«أمرت أن أحكم بالظاهر، والله يتولى السرائر»^(٩)،
فإن شأن تصرفات المسلم أن تكون على الاستقامة .
ولكنه - ان صح - تعليل يرد القُدوري إلى
الوفاق مع نقل الزيلعي ؛ إذ لا ينزع في هذا
أحد ، وليس هو بموضع البحث هنا .

٤٨ - هذا هو تقرير مذهب الحنفية . ولا
يخالف أحد من أهل العلم على الاجمال في أن
القسمه تتنوع إلى قسمه تراض وقسمه اجبار ؛
ولكنهم يختلفون في تفاصيل ذلك :

٤٩ - فالشافعية والحنابلة لم تتفق كلمتهم على
قبول القسمه للاجبار إلا في قسمه الافراز (قسمه
المشابهات) - بالمعنى الذي أسلفناه لهم^(١٠) لأن
الطالب يريد أن يتتبع بماله على الكمال ، وأن
يتخلص من سوء المشاركة ، دون إضرار بأحد^(١١) .
كما لم يتفقوا على امتناع الاجبار إلا في قسمه الرد ،
لأنه فيها تملك ما لا شركة فيه ، والشأن فيه
ألا يقبل الاجبار^(١٢) أما في قسمه التعديل بمعناها
السالف لهم^(١٣) ، فمنهم ، وهو قول للشافعي نفسه ،
من يمنع قبولها للاجبار منعاً مطلقاً لا استثناء فيه ؛
لأن الغرض أن الانصباء غير متساوية بنفسها ،
بل بقيمتها ؛ والاعراض والمنافع تتفاوت رغم
استواء القيمة : فليست حديقه البرتقال كحديقه
العنب ، في نفسها ولا في عائدها وجدواها ،

(٩) اتكر المزمي نسبة هذا اللفظ الى النبي صلى الله عليه
وسلم ، وحذا حذوه آخرون ، وقلوا إنه من كلام أهل
العلم : الشافعي وغيره . ولكنه صحيح بمعناه لا في الصحيح
من قوله صلى الله عليه وسلم : اننى لم اومر أن انقب
عن قلوب الناس (تلخيص الجبر ١٩٢/٤) .
(١٠) ف ٣٤ .

(١١) المذهب ٣٠٧/٢ هذا اذا لم تعتبر اياتور شافعيًا ، بناء
على ما حكاه صاحب البحر الزخار عنه من أنه ينكر الاجبار في
القسمه بكل حال (٤/١٠٤) اما على ما في كتب الشافعية
فهو إنما ينكر الاجبار عند مطلق الضرر (المذهب ٣٠٧/٢)
ويجكي عنه ابن حزم أنه يقول - كالظاهره - بالاجبار على
قسمه التواضع المخلقة - قسمه الشيء الواحد - وهذا
يؤيد نقل الشافعية ، ويزيد أنه لا يعتبر تحمل التفاوت
عند اختلاف النوع ضرراً ما لمكان التقويم . (المحلى ١٣٢/٨)
(١٢) معنى المحتاج ٤٢٢/٤ ، والمفني لابن قدامة ٩٢/١١
(١٣) انظر ف ٢٥ .

تقتضي انه لا يجاب صاحب الأجزاء الصغيرة
للتفرقة إلى قسمه الجمع ؛ لأن قسمه الجمع
لا إجبار عليها مع اختلاف الجنس : كما هو
حال الدور والأراضي المتعددة . أما على طريقة
الصاحبين فتقتضي أصولهم انه يجاب [. وهو
الذي نص عليه الحنابلة وجزموا به^(١٤)] . ويقتضيه
أيضاً أصل المالكية في أن القول لطالب الجمع ،
للاطلب التفرق في قسمه الدور والأراضي القابلة
للجمع - وليلاحظ هذا القيد^(١٥) .

٤٦ - أما قسمه التراضي : فلا يشترط فيها
انتفاء الضرر ، بل الرضا به ممن يقع عليه ، واحداً
كان أو أكثر^(١٦) حتى لو كانت القسمه ضارة
بجميع الشركاء ، لكنهم رضوا بها ، فهذا
شأنهم وحدهم ، لأن الحق لهم لا يعدوهم .
وهم أدرى بحاجاتهم ، فلا يكون ثم مانع منها
وقد رضوا بضرر انفسهم^(١٧) .

٤٧ - لكن هل يجيب القاضي إلى القسمه الضارة
بعد الرضا بها ، فيقسم بين الشركاء كما تراضوا ؟
قال القُدوري : نعم . وقال الزيلعي : لا - لأنه
منكر ، لما فيه من إضاعة المال ، ولكنه لا يمنعه
أن يقسموا دون الاستعانة به^(١٨) وأصله في المبسوط^(١٩)
وهو المتبادر من كلام صاحب البدائع^(٢٠) (ولم
يدينوا وجه ما قاله القُدوري ، إلا أن يكون
هو ما قاله صاحب الهداية في غموض : «أما
القاضي فيعتمد الظاهر»^(٢١) كأنه يريد أن يقول :
أنهم إذا تراضوا على قسمه ضارة ، وهم يعلمون
ضررها ، والقاضي يجهله ، فإنه يتولى
القسمه بينهم : كما قال صلوات الله عليه :

- (١) القروع ٨٣٦/٢
- (٢) انظر ف ٥٩ والخراشي ٤٠٢/٤ .
- (٣) بدائع الصنائع ٢١/٧ .
- (٤) فتح القدير ٢٥٨/٨ .
- (٥) البحر الرائق ١٧٢/٨ .
- (٦) التلخيص مع فتح القدير ٢٥٨/٨ .
- (٧) ٢١ / ٢٠ .
- (٨) فتح القدير ٢٥٨/٨ .

القاضي الممتنع^(٥) إلا أن من الشافعية ، كالماوردي والرويانى ، ومن الحنابلة ، كأبي الخطاب ، من يذكرون هنا تفقها - وبه جزم بعضهم - أنه إذا أمكنت قسمة الجيد وحده والردى وحده فان الاجبار انما يكون على قسمة كل على حدة : قياسا على الأراضي المتعددة التي يمكن قسمة كل منها على حدة ؛ ولا سبيل إلى جمع الكل حينئذ وقسمته قسمة واحدة باعتبار القيمة^(٦) .

ومعنى ذلك يجانب أن الأراضي تعتبر نوعا واحدا عند الشافعية والحنابلة وان تعددها بمثابة اختلاف الصفة كالجودة والرداءة - انه متى أمكنت قسمة الافراز ، لا يلجأ القاضي إلى قسمة التعديل ، ومتى أمكنت قسمة كل عين على حدة ، ولو تعديلا ، لا يلجأ القاضي إلى قسمة الأعيان مجتمعة . وهذا بين لانه ، لأن الوصول إلى عين الحق ما أمكن هو عين الانصاف . أما بالراضي فللشركاء أن يفعلوا ما شاعوا - افرازا أو تعديلا أو ردا^(٧) .

أما إذا تعدد نوع العقار - كأن كانت الشركة في عدة دور أو حوانيت : فهذه أجناس مختلفة حكما ، وان كانت جنسا واحدا حقيقة لاختلاف الأغراض باختلاف الابنية ، وواقع البناء^(٨) ولا يجمع في قسمة الاجبار بين جنسين . فتقسم - ان لم يراضوا على الجمع - كل دار وكل حانوت على حدة ، سواء كانت متجاورة أم متباعدة ، لتفاوت مقاصدها^(٩) . نعم اعتمد الشافعية - خلافا لبعض منهم ؛ وخلافا للحنابلة الداهيين إلى أن كل ما لا تجمع الشفعة لا تجمع

ولا في ملاقة رغبات الناس وحاجاتهم - ولو أن كلا من هذه وتلك يساوي ألف دينار مثلا ؛ ولا المساحة الصغيرة الجيدة التربة أو المطة على النهر كالمساحة الفسيحة الرديئة أو الخلفية - وان تساوت قيمتها^(١٠) .

ومنهم من يسيغه ؛ لأن لطالب القسمة غرضا صحيحا ، ولن يفوت الآخر شيء من حقه باعتبار المالية . وهذا هو قولهم : تنزيلا للتساوي في القيمة منزلة التساوي في الأجزاء^(١١) ؛ وما عساه يفوت عينا يعتاض عنه بالتخلص من مساوىء الشركة ؛ بل ربما كان الممتنع من القسمة سيئ النية ، يريد الجور والاعتصاب ، بالابقاء على شركة غير متوازنة ، كما لو كان لا يملك فيها إلا نسبة العشر . وتقدم في كلام الحنفية ايضاحه^(١٢) . وهذا قول آخر للشافعي ، وعليه معول أصحابه . وهو مذهب الحنابلة لا يختلفون عليه : وان أبدوا احتمالا بمثل القول الأول للشافعي في خصوص المنقولات^(١٣) . إلا أن الشافعية عادوا بعد ما أطلقوه ، فذكروا فروعا يستفاد منها بتقييده . وفعل الحنابلة مثل ذلك أيضا ، وزادوا التصريح ببعض الشرائط . وهالك ما اجتمع لنا من قبودهم :

٥٠ - أولا : اتحاد الجنس : ويريدون بالجنس هنا النوع . فالعقار الواحد الذي لا يشبه بعضه بعضا ، كالأرض الواحدة التي تتفاوت أجزاؤها جودة ورداءة ، أو يختلف نوع غراسها - كأن كان في أحد جانبيها حديقة عنب وفي الآخر حديقة نخل ؛ والدار الواحدة التي يكون في أحد جانبيها بناء من حجر وفي الآخر بناء من اللبن ، أو لأحدهما واجهة مرغوب فيها ، وللآخر واجهة مرغوب عنها - هذا العقار يقبل الاجبار على قسمته ؛ فاذا طلب أحد الشركاء القسمة أجبر

(٥) التجريد المفيد ٣٧١/٤ ، والمغني لابن قدامة ٩٠/١١ .
(٦) نهاية المحتاج ٢٧٢/٨ ، ومغني المحتاج ٢٢٣/٤ ،
والتجريد المفيد ٣٧١/٤ ، والمغني ٩٩/١١ ، ومطالب
أولي النهى ٥٥٦/٦ .

(٧) المذهب ٢٠٨/٢ وفي كلام الحنفية ما يفيد (فتح القدير ٣٦٨/٨) وانظر ف ٥٠ فانها تمثل استثناء هو الاصل عند المالكية .

(٨) مغني المحتاج ٢٢٣/٤ .

(٩) نهاية المحتاج ٢٧٤/٨ ، ومطالب أولي النهى ٥٥١/٦ .

(١) مغني المحتاج ٢٢٣/٤ .

(٢) مغني المحتاج ٢٢٣/٤ .

(٣) ف ٤٤ .

(٤) المغني لابن قدامة ٩٠/١١ .

القسمه ، إذ كلتاهما لازالة ضرر الشركة^(١) أن الجنسين إذا أمكن تنزيلهما منزلة الجنس الواحد ، لكونهما أشبه بالحجر في الدار الواحدة ، يجمع بينهما في قسمه الاجبار : وقد ضربوا لذلك مثلين^(٢) :

الأول : ضبعة بين اثنين تتألف من بضعة أفدنة ودارين ، فإذا طلب أحدهما القسمه ، واقتضت أن يستقل كل منهما بدار من الدارين ، فانه يجاب إلى ذلك .

الثاني : الدكاكين الصغار ، التي لا يقبل كل منها القسمه على حدة ، المتلاصقة فلا تتفاوت فيها الأغراض (وتسمى العضائد)^(٣) - يجوز أن يجمع بينها في قسمه أعيانها قسمه اجبار ، على ألا تبقى للشركة علقه ، كما سيجيء^(٤).

٥١ - ثانيا : اتحاد الصنف : في قسمه المنقولات . فليس يكفي فيها اتحاد الجنس حتى يتحد صنفها أيضا ، لأن هذا هو الذي يقلل من شأن تفاوت الأغراض فيها . فلا اجبار على قسمه التعديل عندما يختلف جنس المنقولات : كأبسطة وستائر ووسائد وحشاي ومقاعد ومناضد وثلاجات وقماطر ، أو يختلف نوعها : ككتاب بعضها حرير وبعضها قطن وبعضها صوف ، وأبسطة عجمية وأخرى عادية ، وقماطر خشبية وأخرى من الصاج ، أو يختلف صنفها : كحرير هندي وحرير باباني ، وخشب زان وخشب أبيض .

٥٢ - ثالثا : ألا تبقى القسمه شيئا مشتركا : أي من المال المراد قسمه . وهذا هو الذي يعنونه « بانقطاع العلقه بين الشركاء » . وهالك بضعة أمثلة :

أ - سيارتان بين اثنين مناصفة ، قيمة أحدهما ألف وخمسمائة دينار ، وقيمة الأخرى خمسمائة دينار فحسب - لا يمكن الاجبار على قسمتها إذا منعنا الاجبار على قسمه السيارة الأعلى قيمة^(٥) ، لبقاء الشركة فيها حيثئذ .

ولذا يقولون : لو كان بين اثنين بقرتان ،

المضي لابن قدامة ٤٩٨/١١ - ٥٠٠ .

(٢) مضي المحتاج ٤٢٢/٤ .

(٣) في شرح غريب المذهب : أراد بها دكاكين متلاصقة متواليه البناء وقال الجوهري : أعضاء كل شيء مايسند حوله من البناء وغيره ، كأعضاء الحوض ، وهي حجرة تصب حول شفره ، ولعلها سميت عضائد من هذا البناء ، ويقال : عضد من نخل ، إذا كانت بمنطقه ومتساوية (المذهب للشيرازي ٣٠٨/٢) .

٥١ - ثانيا : اتحاد الصنف : في قسمه المنقولات . فليس يكفي فيها اتحاد الجنس حتى يتحد صنفها أيضا ، لأن هذا هو الذي يقلل من شأن تفاوت الأغراض فيها . فلا اجبار على قسمه التعديل عندما يختلف جنس المنقولات : كأبسطة وستائر ووسائد وحشاي ومقاعد ومناضد وثلاجات وقماطر ، أو يختلف نوعها : ككتاب بعضها حرير وبعضها قطن وبعضها صوف ، وأبسطة عجمية وأخرى عادية ، وقماطر خشبية وأخرى من الصاج ، أو يختلف صنفها : كحرير هندي وحرير باباني ، وخشب زان وخشب أبيض .

[ولا بد أن يفرض مع اتحاد الجنس والصنف اختلاف الصورة والمظهر ، أو اختلاف القيمة - وإلا كان الموضع لقسمه المتشابه (قسمه

٥٢ - ثالثا : ألا تبقى القسمه شيئا مشتركا : أي من المال المراد قسمه . وهذا هو الذي يعنونه « بانقطاع العلقه بين الشركاء » . وهالك بضعة أمثلة :

ولذا يقولون : لو كان بين اثنين بقرتان ،

(٥) ف ٣٤ -

(٦) البلجوري على ابن قاسم ٢٥٤/٢ -

(٧) مضي المحتاج ٤٢٢/٤ .

(٨) مطالب أولي النهى ٥٥١/٦ .

(٨) مطالب أولي النهى ٥٥١/٦ .

(٩) هذا هو مقتضى نصوص فقهاءنا - مكان الضرر - وان

كلين يمكن البحث فيه عندما تتوفر قطع الخبر .

٥٤ - رابعا : أن لا تنقص قيمة المقسوم بقسمته : وهذه الشريطة مفهومة من المذهب للشرعاني ، وصرح بها الجيلي من الشافعية ، ونقلوها عنه في قسمة العقار المتعدد الجنس قسمة تعديل - تنزيلا له منزلة الجنس الواحد كالحجر في الدار الواحدة (٩) وهو ناظر إلى أن نقص القيمة ضرر واضاعة مال ، فلا يدخل فيه القضاء . لكن سيأتي لهم تفسير الضرر بغير ذلك (١٠).

٥٥ - خامسا : تعذر قسمة كل نوع على حدة : وقد فهم هذا مما سلف (١١) لكنه خاص بالعقارات عند الشافعية ؛ لأن المنقولات لا يجبر على قسمتها قسمة جمع إلا إذا اتحد صنفها . نعم هو على عمومه عند الحنابلة (١٢).

٥٦ - (وهذا يتبين أن الشافعية والحنابلة يوافقون الحنفية على أن النوع الواحد - وإن اختلفوا في صدقه على بعض الأفراد كالدار والأراضي (١٣) يقبل الاجبار على قسمته . إلا أنهم اشترطوا :

(٩) ف ٥٠ .

(١٠) ف ٦٧ .

(١١) ف ٥٠ .

(١٢) نهاية المحتاج ٢٧٢/٨ ، والمغني لابن قدامة ٢٩٠/١١ ، ومطلب أولي النهى ٥٥٦/٦ .

(١٣) فعند أبي حنيفة والشافعية والدور والأراضي كل منهما اجناس مختلفة حكما ، نظرا إلى غرض تفاوتها باعتبار مقاصدها : فالقصد من الدور السكنى وتوفير الراحة فيها يختلف اختلافا بينا باختلاف البلدان ، وبالاختلاف الموقع في البلد الواحد والجيران والقرب من المسجد والسوق والمقبرة ومحل العمل وهذا يصدق على الأرض قضاء المدة للبناء . أما الأرض الزراعية تختلف كذلك بجودة تربتها وريادتها - بالنسبة لقصدوها وهو الزراعة - وبقرتها من الماء والسكن الخ . وعند صاحبين الدور جنس واحد في البلد الواحد . وكذلك الأراضي لاتحد الاسم والصورة . لكن نظرا لأهمية الملاحظ الذي ابداه الإمام لم يطلقوا القول بالاجبار على قسمة الدور والأراضي ، بل وكلا الأمر إلى نظر القاضي : بقدر كل حالة في ضوء ملائمتها الخاصة - فيجبر أو لا يجبر نزولا على منظر العدالة (فتح القدير ٣٦٠/٨ ، ٣٦١) وعند الشافعية الأراضي جنس واحد ، وكل من الدور الحوائث في حكم اجناس مختلفة (المغني ٢٩٩/١١) . وانظر للقيمة وموافقتهم (ف/ ٧ المذهب الثالث) .

قيمة احدهما نصف قيمة الأخرى ، فطلب أحدهما القسمة - على أن يبقى لمن خرج له أقلهما قيمة ربع الأخرى ، فلا اجبار على المذهب . وهكذا كل أدنى وأعلى (١١) ومثله للحنابلة (١٢).

ب - الأرض المشتركة يكون فيها بناء أو شجر ، فيطلب أحد الشركاء قسمة البناء أو الشجر وحده ، وتبقى الأرض مشتركة ؛ أو يطلب قسمة الأرض وحدها ، ويبقى البناء أو الشجر مشتركا - لا يجاب إلى طلبه : أي انه لا اجبار على هذه القسمة ، لأنها لا تنزىل الشركة تماما . فاذا تراضيا على ذلك فلا بأس .

ج - يقولون : يجبر الممتنع على قسمة علو وسفل من دار أمكن قسمتها ؛ لأن البناء تابع للأرض ، كالشجر فيها - لا على قسمة أحدهما فقط ، لأن القسمة تراد للتمييز ؛ ولا على جعله لواحد والآخر لآخر (١٣) . وقد يعلل ذلك بأنه : لما زالت الشركة تماما بقسمة الطابقين جميعا صح الاجبار على القسمة ؛ ولما بقيت في بعض الدار بقسمة أعلاها دون أسفلها ، أو العكس ، لم يمكن الاجبار على هذا - لكنه يجوز من طريق التراضي (١٤).

ولم ير الحنفية ولا المالكية مانعا بأية حال من أن يكون السفل الواحد ، والعلو لآخر (١٥) . وربما صور الحنابلة على أنه جمع بين جنسين مختلفين اسما ومنفعة ، فلا يقبل الاجبار (١٦) وفيه غلو لا يسلم لهم (١٧) .

٥٣ - نعم يغتفر بقاء الشركة في التوابع والملحقات . صرح به الشافعية ، إذ ينصون على أنه إذا لم يكن بد من بقاء طريق مشترك بين المتقاسمين - لأنه لا يمكن استقلال كل بطريق - فإن هذا لا يمنع الاجبار على القسمة (١٨) .

(١) مغني المحتاج ٢٢٢/٤ .

(٢) القروع ٨٢٦/٢ .

(٣) مغني المحتاج ٢٢٢/٤ ، والمغني لابن قدامة ٢٩٧/١١ .

(٤) نهاية المحتاج ٢٧٤/٨ .

(٥) البدائع ٢٧/٧ ، والمهنية ١٦٨/١٤ ، ١٦٩ .

(٦) مطالب أولي النهى ٥٥٢/٦ .

(٧) الشرحي على التحرير ٥٠١/٢ .

(٨) نهاية المحتاج ٢٧٤/٨ .

ينحو نحوه هو مرادهم باختلاف الأرض جودة ورداءة ، لا خصوص وفرة الخصب وقلته ، أو جفافها ورطوبتها^(٤).

٥٧ - ولم يعتبر الخفية هذه الشروط^(٥) . [ولكن الرد لا يمكن انكار كونه بيعا وشراء إلا مكابرة - والشأن في البيع أن لا يقبل الاجبار] .

٥٨ - والمالكية يجعلون قسمة الاجبار فيما تماثل أو تقارب دون رد ، وقسمة التراضي فيما عداه ، كما أسلفنا^(٦) ومعنى ذلك أنهم يوافقون الشافعية والحنابلة في أن قسمة الاجبار مشروطة باتحاد النوع أيضا ، وبعدم الرد - إلا أن يقل في قول لهم . ولكنهم يخالفون في أربعة مواضع :

٥٩ - الموضع الأول : انه ليس كل ما اتحد نوعه يقبل الاجبار على قسمته ، بل لا بد عند المالكية من التساوي في القيمة وفي رغبات الشركاء . ولا بد أيضا من قرب المسافة بين العقار والعقار : فقطعة الأرض التي تبعد عن الاخرى أكثر من ميلين أو تكون أجود منها تربة أو أدنى إلى رغبة أحد الشريكين دون الآخر - لقرבהا من مسكنه مثلا أو لأنها تسقى بلون آلات - لا يجبر على قسمتهما معا كقطعة واحدة باعتبار القيمة ؛ بل تقسم كل قطعة على حدة .

ولا بد للاجبار على الضم عند المالكية من اتحاد نوع الاشجار في حدائق الفاكهة ، وعدم امكان قسمة كل حديقة على حدة . بل إن الحديقة الواحدة تكون أشجار جانب منها النخل ، وجانب آخر التفاح أو الرمان أو الخوخ لا تقبل الاجبار على قسمتها قسمة الشيء الواحد ؛ بل يقسم كل نوع من أشجارها على حدة حيث

١ - زوال الشركة تماما ٢ - ألا تنقص بالقسمة قيمة المقسوم عند الحنابلة وفي رأي للشافعية .
٣ - ألا يسكون في القسمة رد لا مفر منه - كالدار يكون في أحد جانبيها ما ليس في الآخر ، ولا تنفي كلها بقيمته : على ما شرحناه فيما سلف^(٧) ولا بأس أن أنقل لك هنا عبارة ابن قدامة في هذا وتمثله : « الشرط الثالث : أن يمكن تعديل السهام من غير شيء يجعل معها . فان لم يمكن ذلك لم يجبر الممتنع ؛ لأنها تصير بيعا ، والبيع لا يجبر عليه أحد المتبايعين . ومثال ذلك : أرض قيمتها مائة فيها شجرة أو بئر تساوي مائتين - فإذا جعلت الأرض سهما كانت الثلث فيحتاج إلى أن يجعل معها خمسين يردها على من لم يخرج له البئر أو الشجرة ليكونا نصفين متساويين : فهذه فيها بيع : ألا ترى أن أخذ الأرض قد باع نصيبه من الشجرة أو البئر بالثمن الذي أخذه . والبيع لا يجبر عليه لقوله تعالى - « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »^(٨) .

أما إذا أمكنت القسمتان : قسمة التعديل وقسمة الرد ؛ وطلب بعض الشركاء القسمة وامتنع البعض ، فانه يجبر الممتنع على قسمة التعديل سواء عين الطالب قسمة التعديل أم لم يعين ، وسواء امتنع الآخر عن القسم رأسا أم عن قسمة التعديل وطالب بقسمة الرد - لأن المطالبة بقسمة الرد لغو عند التقاضي . وقد ضرب الشافعية لذلك عدة أمثلة :

١ - أرض بعضها عامر (مستصلح للزراع ، أو مهاد للبناء) ، وبعضها ليس كذلك ٢ - أرض بعضها ضعيف ، وبعضها قوي ٣ - أرض بعضها فيه شجر بلا بناء ، وبعضها فيه بناء بلا شجر ٤ - أرض بعضها يتصل بمجرى الماء أو يقرب منه ، وبعضها بعيد ٥ - أرض بعضها يسقى بآلة ، وبعضها يسقى بلونها^(٩) وهذا وما

(٤) المذهب ٢/٢٠٨ .

(٥) إلا في حالات خاصة . وانظر ف ٨٤ ، ٨٩ .

(٦) ف ٧ - المذهب الثالث ، ف ٤

(١) ف ٣٦ .

(٢) المغني ١١/٩٢ والقيسة المذكورة هي من سورة النساء/٢٨

(٣) نهاية المحتاج وهوأشبه ٨/٢٧٤ .

نصيب مورثهم . ثم للجميع بعد ذلك ان شاموا - وقبل نصيبهم القسمة - أن يقتسموه بينهم^(٦) [وقد يستفاد من امتناع الجمع بين حظين عندهم أن القسمة لا بد أن تكون مزية للشركة تماما ، بحيث لا تبقى بعدها علاقة بين الشركاء في المال المقسوم ؛ لأن بقاء ما كان حقه القسمة إذا كان مفسدا لها لم يختلف الحكم باختلاف المستحق - فيستوي أن يكون شريكا أخذ بعض حقه أو شريكا لم يأخذ منه شيئا] . إلا أن يكون بقاء الشركة في التوابع - وسلف نحوه للشافعية^(٧) : فان مرافق الدار المقسومة إذا سكت عنها في القسمة تبقى على الاشتراك كما كانت^(٨) .

أمكن . فان لم يمكن^(٩) فانه اذن للضرورة يصح الاجبار على ضم النوع إلى غيره ، وقسمة الجميع كشيء واحد مع التعديل بالقيمة - وان كان هذا قد يؤدي إلى أن يحصل أحد الشركاء على أصناف من الاشجار أكثر من غيره .

٦٠ - الموضع الثاني : ان ليس كل ما يختلف نوعه لا يقبل الاجبار على قسمته . فقد رأيناهم يقسمون أنواع الثياب المختلفة : من قطن وصوف وحرير الخ قسمة الشيء الواحد تعديلا وجبرا^(١٠) ويصرح المالكية بأن الأرض نوع وأشجارها نوع آخر : إلا أنه إذا تباعدت الاشجار تقسم الأرض وأشجارها معا ، لا الأرض وحدها والأشجار وحدها - وإلا فقد يترتب على ذلك أن يصير بعض شجر أحد الشركاء في أرض آخر . وهذا يخالف قسمة البساتين ؛ لأن المقصود هناك الشجر ، والأرض تبع ؛ والمقصود هنا الأرض ، والأشجار تبع^(١١) .

٦١ - الموضع الثالث : انه لا يجمع عندهم في قسمة الاجبار بين نصيبين . قالوا لأن قسمة الاجبار لا تكون إلا بطريق القرعة وفي القرعة غرر يرتكب ضرورة الحاجة إلى القسمة ، ولا ضرورة لجمع نصيبين^(١٢) [مع أن الجمع في الحقيقة تقليل للغرر] . ومع ذلك حتموا اجماع كل أصحاب فرض في نصيب واحد عند قسمة الشركة^(١٣) . وسوغوا اجتماع العصبية - برضاهم - في نصيب واحد عند مقاسمتهم ذوي الفروض . وألزموا الورثة مطلقا بهذا الاجتماع - إذا طلبه أحدهم - في مقاسمة شريك لمورثهم حتى يستقلوا

٦٢ - الموضع الرابع : أنه لا يشترط تعذر قسمة كل صنف على حدة : فيما عدا البساتين فانه لا يجبر على الجمع في قسمتها بين صنفين كنفاح ورمال إلا إذا تعذرت قسمة كل على حدة . وسواء بعد ذلك العقار والمنقول : فالدور والأراضي تجمع في القسمة جبرا إذا طلبها أحد الشركاء - وان أمكنت قسمة كل دار وكل حقل على حدة^(١٤) . وكذلك الثياب . إلا أن نص المدونة يخالفه « في الثياب » : ونص عبارتها : « هذه ثياب كلها تجمع في القسمة إذا كانت لا تحتل أن يقسم كل صنف منها على حدة »^(١٥) . وفي الدار المعروفة بسكنى الميت أو الورثة - بناء على أحد تفسيري المدونة وهو الذي قدمه خليل - من أن الداعي إلى جمعها مع غيرها من سائر الدور في قسمة واحدة لا يجاب : متى دعا آخر إلى افرادها بالقسمة وأمكن ذلك^(١٦) .

٦٣ - والمالكية والحنابلة وكذا أكثر الشافعية^(١٧)

(١) ومن صور عدم الامكان ان تخط الاشجار : كخلة عليها شجرة رمان ، فشجرة نفاح ، فشجرة خوخ وهكذا دواليك .

(٢) هذا يمت بسبب الى ماقرره الشافعية من ان المالكيين الصغرة الملاحقة تنزل مزية النوع الواحد (ر: ف/٥) .

(٣) الغرشي ٤/٢٠٤ ، ٤٠٤ ، وبلغة السالك ٢/٢٤٠ (٤) الرهوني ٦/٣١٠ .

(٥) أي بين ذوي فروض متعددة او ذوي فروض واحد او عصبية

(٦) الغرشي ٤/٤١٠ ، ٤١١ ، وبلغة السالك ٢/٢٢٢

(٧) ف ٥٣ .

(٨) الغرشي ٤/٤١٠ .

(٩) بلغة السالك ٢/٢٤٠ ، ٢٤١ .

(١٠) ١٧٩/١٤ .

(١١) الغرشي ٤/٤٠٣ .

(١٢) قلة منهم تقول : رفع ضد الشركة مقدم على أي غير آخر معناه يكون في القسمة (مفضي المحتاج ٤/٢٢٠) .

لنهي صلوات الله عليه عن الضرر والضرار^(٦) ، وعن اضاءة المال^(٧) . ففي مسألة الشريكين لأحدهما في الدار عشرها وليس يصلح للسكنى (ولو باضافة خارجية يستطيعها) وللآخر باقيةا - لا يمكن الاجبار على القسمة ؛ لما فيها من الضرر بأحد الشريكين : فان تراضيا على القسمة ، فلا بأس ، لأن المستضر قد رضي بضرر نفسه^(٨) . وينص المالكية على أن من هذا الضرر المانع من قسمة الاجبار أن يبقى النصيب صالحا للسكنى - في مثالنا هذا - ولكن لسكنى غير صاحبه ، فيضطر أن يؤجره لغيره مثلا ؛ وان نقص الثمن بلا خلاف عندهم ، أو نقص المنفعة عند ابن القاسم ليس من هذا الضرر . وقد رأينا من الشافعية من يشترط عدم نقص الثمن^(٩) كما أن عندهم مثل خلاف المالكية في نقصان المنفعة - كالسيف يكسر ليقسم ، فانه يمكن الانتفاع به لنفس الغرض لكن بصورة أقل جلوى إلا أنهم رجحوا أنه ضرر مانع من الاجبار^(١٠) . ثم ينفرد الشافعية بالنص الصريح على أن الضرر إذا كان يمكن رفعه في يسر عن المستضر بتكميل النصيب من غير مال الشركة ، فانه لا يعتد به لأنه في حكم العدم بتيسر رفعه وإزالته : كما لو كان بجوار الدار المقسومة أرض موات يستطيع إحياءها ، أو مملوكة له فعلا ، أو يستطيع تملكها . أما التي لا يحاورها إلا ما لا سبيل إلى الحصول عليه - كوقف أو شارع أو ملك لمن لا يتزل عنه - فلا اجبار على قسمتها^(١١) [وللمالكية ما يفيد ذلك

يوافقون الحنفية على أن من شريطة الاجبار انتفاء الضرر بنفس المعنى الذي ذكره الحنفية ، أعني فوات المنفعة المقصودة ، وان بقي المال متمنعا به على نحو ما ، لعظم التفاوت بين أجناس المنافع^(١٢) . وهذا بالنسبة لمذهب أحمد بناء على تقرير الحرقى . ولكنهم قالوا إنه جرى على رواية والمعتمد خلافها وهو أن الضرر المانع من الإجبار هو نقص القيمة^(١٣) .

وفي كلام المالكية ما قد يفيد أنهم أحيانا ينظرون إلى القيمة ؛ بحيث لو نقصت بقسمة المال المشترك قيمته فأنهم لا يجبرون عليها . فقد نصوا على ذلك في المال المشتري للتجارة^(١٤) [ولكن ربما أمكن أن يقال إن نقص القيمة هنا يرجع إلى نقص المنفعة المقصودة - لأن المنفعة المقصودة بمال التجارة إنما هي الاسترباح ؛ ولا شك أن نقص قيمته يؤول إلى نقص ربحه]

ثم ، وهم يصدد بيان ما يحتمل القسمة ، قالوا المراد باحتماها : أن يحصل لكل واحد من الشركاء واحد كامل أو أكثر كذلك من نحو الحيوان ، وجزء معين ينتفع به انتفاعا يجانس الانتفاع بكل المقسوم في نحو الدار^(١٥) . فربما قيل إن جنس الانتفاع بالثور الواحد من الثورين ليس كجنس الانتفاع بهما معا ؛ لأنهما معا يصلحان لما لا يصلح له الواحد ، كجبر آلة ثقيلة . لكن هذا ليس بذى بال . فقد صرح ابن القاسم نفسه بأن التفاوت الذي من هذا القبيل مغتفر كالدار تقسم دارين صغيرتين^(١٥)

٦٤ - ولكن هؤلاء - من غير الحنفية - يختلفون في تحديد مدى هذا الضرر ، المشروط انتفاؤه للاجبار على القسمة ، على ثلاثة آراء :

٦٥ - الأول : مطلق ضرر ؛ وعليه المالكية وبعض الشافعية وجماهير الحنابلة وابن أبي ليلى

(١) مغني المحتاج ٤/٤٢١ .

(٢) الانصاف ١١/٢٣٥ .

(٣) بركة السالك ٢/٢٤٢ .

(٤) الفرقي ٤/٤٠٣ .

(٥) الفرقي وهوأشبه ٤/٤١٢ .

(٦) حديث النهي عن الضرر والضرار عند الحكم في مستدرکه (الاشباه للسيوطي ص ٧٥)

(٧) سواء كان في نفس الشركة - كما هنا - أم في البقية عليها - كما نص عليه الحنابلة فيما لو أوصى انسان بختامه لشخص ، ونفسه لآخر - إذ قالوا ان ايها طلب قطع النص يجب (مطالب أولي النهي ٦/٥٥١) .

(٨) الفرقي ٤/٤١٢ ، ٤١٣ ، والمغني لابن قدامة ٤/٤٩٤ ، ومطالب أولي النهي ٦/٥٥٠ .

(٩) ف ٥٤ .

(١٠) مغني المحتاج ٤/٤٢٠ ، ٤٢١ .

(١١) مغني المحتاج ٤/٤٢٠ .

٦٨ - الرابع : الضرر الواصل إلى المتنع : على نحو ما تقدم للحنفية في توجيهه^(٥). ومال إليه ابن قدامة قياسا على ما لا ضرر فيه ، لرضا الطالب بضرره فيسقط اعتباره^(٦).

٦٩ - تنبيه : الضرر الخالص الذي ليس فيه شائبة نفع^(٧) إذا ترتب على القسمة : كأن بطلت منفعة المقسوم بطلانا تاما أو كادت ، فهذا محض فساد لا يقره دين ولا عقل . ولذا فليس فقط يتمتع على القاضي أن يتولى القسمة ، بل عليه أن يمنع منها .

وقد ذكروا لذلك عدة أمثلة : كالقلنسوة ، والسرج ، والفرس ، والقوس ، وغمد السيف ، والحجر الواحد من حجري الرحا .

نص عليه الشافعية والمالكية : وكلام الشافعية أصرح^(٨).

٧٠ - وفي كلام الحنفية ما يشبه التناقض : فيينا نجد لبعضهم ما ربما كان أشد كصاحب الجواهر إذ يقول : « لا تقسم الكتب بين الورثة بالأوراق ، ولو برضاهم^(٩) » - وهي عبارة المالكية في الموضوع^(١٠) وظاهرها عدم صحة القسمة نفسها ، ويوضحه قول المالكية ، بل يباع ويقسم ثمنه^(١١) أي إن كان لابد من القسمة ، ولم يتفق الشركاء على بقاء الشركة^(١٢) - مع أن كلام الشافعية والحنابلة لا ينافي الصحة^(١٣) - نجد ابن عابدين يحاول صرف

أيضا ، إذ ذكروا في الدار تقسم على أن لا يكون لأحدهم مرافق ، أن القسمة باطلة - ولو تراضى الشركاء على مرافق له بعد تمام العقد ؛ لأن الفاسد لا ينقلب صحيحا : واستثنوا من البطلان ما إذا كان له ما يمكن أن يتخذ فيه لنفسه مرافق كالمرحاض والباب^(١٤). وقد يفهم من ذلك أن مصراعي الباب ، أو فردتي الحذاء ، أو حجري الرحي تقبل قسمتهما بين اثنين الاجبار - على أن يأخذ كل منهما مصراعا أو فردة أو حجرا : لأنه يسهل أن يحصل على مصراع أو حجر آخر أو فردة أخرى . بل ربما قيل بمثل ذلك في قسمة السيارة الواحدة مع توفر قطع الغيار] .

٦٦ - الثاني : الضرر العام : كما ذكره الحاكم الشهيد من الحنفية . وهذا عند بعض الشافعية . فليس يمنع من الاجبار على القسمة ضرر بعض الشركاء دون بعض - سواء كان طالب القسمة هو المستضر أم غيره - إثارا للتخلص من مضار الشركة^(١٥).

٦٧ - الثالث : الضرر الواصل إلى الطالب : وهذا هو الذي اعتمدته الشافعية ، كما اعتمدته القدوري من الحنفية ، ففي مثال الدار ، لأحد الشريكين عشرين ، ولا يصلح للسكنى منفردا إن كان الطالب للقسمة هو الآخر : الذي لا تبطل بالقسمة منفعة نصيبه المقصودة من مال الشركة (ولو بضم شيء من خارج يملكه أو يستطيع أن يملكه على نحو ما) فحينئذ يجبر عليها ؛ وإن كان الطالب هو المستضر فتمتعت مضيع ماله لا يلتفت إليه ولا يجاب إلى سفهه^(١٦). وقد عرفنا ما فيه عند تقرير كلام الحنفية^(١٧).

(٥) ف ٤٤ .

(٦) المضي ٤٩٥/١١ .

(٧) ونفهاؤنا يقولون إن النفع الذي لا وقع له كالعمد (التجريد

المفيد ص ٣٦٩) .

(٨) الخرخشي ٤٠٨/٤ ، وبلغة السالك ٢٤١/٢ .

(٩) الدر المختار مع الحاشية ١٧٢/٥ .

(١٠) بلغة السالك ٢٤١/٢ .

(١١) أيضا بلغة السالك ٢٤١/٢ .

(١٢) حواشي التحفة ٧٣/٢ .

(١٣) الفروع ٨٤٦/٣ .

(١٤) الخرخشي ٤٠٩/٤ ، ٤١٠ .

(١٥) مضي المحتاج ٤٢١/٤ .

(١٦) مضي المحتاج ٤٢١/٤ .

(١٧) وينص الشافعية هنا على نوع غريب إذ يقولون: لو أن الدار المشتركة كانت بين خمسة بحق النصف ، وسانس بحق النصف الآخر ، فطلب قسمتها ، كان عليهم بكلب أحدهم أن يقسموا حصتهم بما ، وإن لم يصلح المشرسكا (مضي المحتاج ٤٢١/٤) .

طائفة من الأمثلة ، مقرونة بوجهات النظر المختلفة فيها من هذه الناحية :
المثال الأول : الدور :

٧٤ - أشرنا فيما سلف^(٧) إلى موقف أبي حنيفة وصاحبه منها ومواقف بعض الأئمة الآخرين :

فهي عند أبي حنيفة والشافعية والحنابلة بمثابة الأجناس المختلفة ، سواء كانت في بلد واحد أم في أكثر ، وسواء تلاصقت أم تباعدت وهي عند الصاحبين جنس واحد حقيقة وحكما لكن نظرا لما عساه يكون بينها من فحش التفاوت يوكل النظر إلى القاضي في كل قضية على حدة : فحيث وجد هذا التفاوت فلا اجبار ، وإلا فهي على الأصل المطرد في كل متعدد متجانس - تقبل الاجبار . ولا فرق عند محمد بين البلد الواحد والبلاد المتعددة - لكن في رواية هلال انه مع أبي يوسف في موافقة أبي حنيفة إذا تعدد البلد .

٧٥ - وكان أبا يوسف انما أراد محاذاة المالكية : فان مذهبه - كما يؤخذ مما أسلفناه^(٨) ، يتلخص في أن الدور جنس واحد إذا لم يفحش التفاوت بينها ، وإلا فلها حكم الأجناس المختلفة . يؤيده قول السمرقندي : «وعندهما ان كان يمكن التعديل في القسمة في ذلك فلا بأس به»^(٩) وهو تفسير قول صاحب الهداية « يفرض الترجيح إلى القاضي » كما يشير سياقه ؛ وليس معناه الترجيح بين فحش التفاوت ومفاسد الشركة ، فانه لا يملك الاجبار مع فحش التفاوت بحال^(١٠) .

٧٦ - أما الحجر في الدار الواحدة (ويسمى فقهاؤنا : البيوت - إما مطلقا ، كما عند الشافعية^(١١) وإما إذا كان لها دهليزها ، كما عند الحنفية)

الكلام عن ظاهره ، ويقصر المنع على قسمة الاجبار ؛ وقد مر بنا قول الكاساني في بدائع الصنائع : « أن القاضي لا يمنع بالقضاء من يقدم على اتلاف ماله »^(١٢) .

٧١ - وهم جميعا يمثلون هنا بقسمة الجوهرية^(١٣) ويعترضه المتأخرون^(١٤) . [ولكن يبدو أنهم يقصدون أنها إذا قسمت وتشوه شكلها لم تبق صالحة للزينة ، ولا للبيع ؛ لأنها انما تباع للزينة - فيكون محمله على ما لا يمكن صقل أقسامه بعد قسمته] .

٧٢ - هذا وإن قسمته صلوات الله عليه غنيمة الأبل والغنم قسمة الشيء الواحد ليس فيها دلالة على الالتزام ، طالب بها أحد الشركاء أم لم يطالب ، فرمما كان عن تراض ، ويشير إليه ابن قدامة^(١٥) . على أن قسمة الغنيمة تمط خاص من القسمة ؛ وليس يختلف أهل العلم أن للامام فيها ان يخص كل طائفة بنوع من المال ، ومنهم من يفسر ذلك كما فعل الحنفية بأن حقوق الغانمين لا تتعلق بأعيان الغنيمة ، بل بماليتها^(١٦) ؛ ومنهم من يفسره - كما اعتمد الشافعية - بأن الغانمين لا يملكون الغنيمة إلا بالقسمة^(١٧) .

ملحق

ما يعتبر متجانسا وما لا يعتبر

٧٣ - اتحاد النوع - وهو المقصود بالتجانس بين الأشياء - قد علمنا أنه من شرائط الاجبار على القسمة ؛ فليس يقسم النوعان قسمة الجمع إلا تراضيا . ولكن عند التطبيق العملي نجد أنظار الفقهاء أحيانا لا تتلاقى فيما يعتبر متحد النوع ، وما يعتبر متعدده . وهذا يقتضينا عرض

(١) ف ٤٤ .

(٢) البدائع ١٩/٧ ، والمغني ٤٩٤/١١ ، ومغني المحتاج ٤٢٠/٤ .

(٣) التجريد المفيد ٣٦٩/٤ .

(٤) المغني ٣٩٠/١١ .

(٥) رد المحتار ١٦٧/٥ .

(٦) الأشباه للسيوطي ص ٢٥٦ .

(٧) ف ٧ - المذهب الثالث ، ف ٥٦ - تعليق (١) .

(٨) ف ٧ - المذهب الثالث .

(٩) التحفة للسمرقندي ٢٨٥/٢ .

(١٠) فتح القدير ٣٦٠/٨ .

(١١) مغني المحتاج ٤٢١/٤ .

الحلاف الذي يجري في الدور، وهو مفهوم من تعليقات الحنفية وغيرهم، ولذا صرحوا به في المجلة^(٧).

المثال الثاني : الأراضي .

٧٩ - سواء أكانت مزارع أم ليست بمزارع، كأراضي البناء أو التخزين أو ما شاكلهما، وسواء أكانت المزارع حدائق فاكهة أم حقولا عادية - يقسمها الحنفية قسمين : حدائق فاكهة وغيرها : ويجعلون كلا من هذين القسمين جنسا على حدة، ثم يخالفون في كل قسم - ولو اتحد نوع الفاكهة في الحدائق - اختلافهم في الدور، وبفس التعليلات : أهو جنس واحد أم أجناس مطلقا، أو إذا تعدد البلد^(٨).

٨٠ - والمالكية يوافقون الحنفية على اعتبار كل من الحدائق والأراضي الأخرى جنسا مستقلا لشدة تفاوت الأغراض، ولكنهم يعلنون الأراضي التي لا يفحش تفاوتها - ويفسرها المالكية بالمقاربة المتساوية قيمة ورغبة - جنسا واحدا، وكذلك الحدائق المتحد نوع فاكهتها، لا المختلف : فان حدائق البرتقال جنس، وحدائق التفاح جنس آخر، وحدائق الخوخ جنس ثالث - وهكذا دواليك. وقد سبق بيان تفصيلات المالكية بهذا الصدد^(٩).

٨١ - والشافعية يعتبرون الأراضي كلها جنسا واحدا. إلا أنهم يرون تفرقها أو تفاوتها جودة ورداءة - بالمعنى الشامل لكل مرغوب ومزهد^(١٠) وتنوع فاكهتها، مانعا من اعطائها حكم الجنس الواحد؛ إلا إذا تغلرت قسمة كل قطعة بمكان مستقل على حدة، وقسمة الجريد وحده والردىء وحده، وقسمة كل نوع من الفاكهة على حدة^(١١) فهم لذا يتفردون بجمع الأراضي كلها في القسمة

مهما اختلفت سعة وضيقا وموقعا وإحكام صنعة، فانها جنس واحد لا يتنازع في ذلك أحد^(١٢). بل إنها لجزء من الجنس الواحد، وقريب منه للحنفية^(١٣) فيجبر على قسمتها قسمة واحدة بتقويمها أرضا وبناء بعد معرفة مساحتها^(١٤).

٧٧ - ولا يفرق أهل العلم بين الدار الكبيرة والصغيرة، باستثناء الحنفية، فانهم يسمون الدار الصغيرة (الدورة) التي تتألف من بيتين أو ثلاثة باسم المنزل، ويقولون ان المنازل (الدورات) تأخذ شيها من الدار الكبيرة باسمها ومعناها، ومن البيت بصغر حجمها - فاذا انضاف إلى صغرها تلاصقها في داخل دار واحدة كبيرة التحقت بالبيوت فأخذت حكمهما، واعتبرت جنسا واحدا، أما إذا لم يجمعها دار واحدة، أو جمعتها لكن على التفرق في أبنائها فحينئذ يضمحل شبهها بالبيت فتأخذ حكمها الأصلي : حكم الدار - وعندئذ فحسب يحىء خلاف أبي حنيفة وصاحبه. هكذا قرره صاحب البدائع^(١٥) خلافا لما جرى عليه أكمل الدين في العناية، وملا مسكين في شرح الكتر، وتابعهما ابن عابدين من أن هذا التقرير في البيوت والمنازل إنما يطابق قول أبي حنيفة. أما الصاحبان فقولهما في البيوت والمنازل هو بعينه قولهما في الدور الكبيرة بلا أدنى تفاوت^(١٦).

٧٨ - ولا توجد مثل هذه التفاصيل في المذاهب الأخرى. بل كل ما أحاط به جدار الدار الواحدة فهو منها. والدار الواحدة تقسم قسمة الشيء الواحد^(١٧) ويصرح الشافعية والحنابلة بأن الدكاكين (الحوانيت) كاللور فيجري فيها

(١) إلا على ما سيجيء في الفقرة التالية من بعض تفسيرات قول الصلحين .

(٢) بدائع الصنائع ٢٨/٧ .

(٣) رد المحتار ١٧٢/٥ .

(٤) البدائع ٢٢/٧ .

(٥) العناية على الهداية مع فتح القدير ٣٦٠/٨ وملامسين ٢٠٥/٢، رد المحتار ١٧٢/٥ .

(٦) الفوعة ١٧٠/١٤، مفتي المحتاج ٤٢٢/٤، المفتي لابن قدامة ٤٩٨/١١ .

(٧) ر : م - ١١٢٨

(٨) بدائع الصنائع ٢٢/٧

(٩) (ر : ف/٥٩، ٦٠)، الفوضى ٤٠٢/٤، بلسة السالك ٢٤٠/٢، ٢٤١ -

(١٠) المهذب ٢/٢٠٨ .

(١١) على ما جزم به بعض المتأخرين (ر : ف/٥٠)

ما قرره صاحب البدائع ، لأن التفاوت في الجنس الواحد يمكن تعديله بالقيمة^(٤) .

٨٤ - فهؤلاء لا تختلف نظرهم إلى الرقيق عن نظرهم إلى غيره من سائر أجناس الحيوان ، ولا يرون تفاوت الأصناف المدرجة تحت نوع واحد مخرجاً لها عن كونها نوعاً واحداً حكماً أيضاً ومعهم الخاتبة إلا أنهم (أعني الخاتبة) يشترطون تساوي القيم ويتولون تفاوتها متزلة تفاوت الجنس^(٥) . [وفي كلام القدوري من الحنفية ما قد يفيد - وإن كان في الثياب - وذلك إذ يقول : « ولا (يقسم القاضي) ثوبين إن اختلف قيمتهما^(٦) » وهم يرمون من وراء تساوي القيمة إلى أن لا تبقى للشركة علفة بعد القسمة أو يحتاج إلى الرد - وإن كان الحنفية يتساهلون في بقاء العلفة بعد تحقق معنى القسمة في استقلال كل بنصيب - أي إنهم يقرون قسمة البعض دون البعض جبراً : وسيجيء^(٧) .]

٨٥ - أما الشافعية فيغوصون غوصاً بعيداً ، ولا يكتفون بالقول بأن اختلاف الصنف مانع من الاجبار على قسمة الجمع - فلا يجبر على جمع الضأن مع المعز مثلاً - بل يلجئون إلى أن اختلاف صنف الصنف مانع كذلك : فالصنفان من الضأن أو المعز : كمصري وشامي ، لا يجبر على جمعهما أيضاً . ويشترطون مع ذلك تساوي القيم ، أو ما في معناه مما يزيل علفة الشركة : كأن تكون قيمة رأس واحد ، من ثلاثة رؤوس بين اثنين مناصفة ، تساوي قيمة الرأسين الآخرين - وإلا كان لا بد من أحد أمرين : إما رد مقابل الزيادة في بعض الأنصبة من خارج مال الشركة ؛ وإما بقاء الشركة بها ، وكلاهما مانع عندهم من قسمة الاجبار^(٨) .

كشئ واحد قسمة اجبار إذا تعلزت قسمة كل صنف منها على حدة لأن التعديل بالقيمة يعرض التفاوت في الجنس الواحد^(١) .

٨٢ - والخاتبة كالشافعية في قطعة الأرض الواحدة ، مهما تفاوتت أجزاؤها ، فهي جنس واحد - وإن كانوا أيضاً لا يجمعونها في القسمة إلا إذا تعلزت قسمة كل جزء مرغوب فيه أو مرغوب عنسه على حدة^(٢) . أما القطع المتعددة بمحدودها المختلفة ولو متجاورة ، فإنها أجناس شتى ، لا يجبر على قسمتها قسمة الشيء الواحد ، قياساً على الشفعة^(٣) .

المثال الثالث : الحيوان .

٨٣ - قيل إن الحيوان كله جنس واحد (بالمعنى المقصود هنا - أي نوع) بلا استثناء ؛ أو باستثناء الرقيق فحسب ، فانه جنس على حدة . ولكن الحق الذي لا شك فيه أن الحيوان أجناس شتى تتفاوت فيها الأغراض تفاوتاً فاحشاً بعيد المدى لا يقل أهمية واعتباراً عن التفاوت بين جنس الحيوان على عمومه وجنس الطعام أو الشراب أو اللباس أو أي شيء آخر . ولذا فإن العلماء جميعاً - عدا هؤلاء الشذوذ - على أن الأبل جنس (أي نوع) ، والبقرة جنس ، والغنم جنس ، والرقيق جنس وهكذا ، إلا أن منهم من لا يلتفت إلى تفاوت الأصناف الداخلة تحت الجنس الواحد من هذه الأجناس : فالضأن والمعز يجبر على جمعهما في القسمة وكذلك أصناف الأبل ، وأصناف البقر ؛ كما يجبر على الجمع بين أصناف الرقيق كلها [وعلى وزن ذلك يجمع بين أصناف السيارات كلها ، وأجهزة الراديو] . وهذا هو مذهب المالكية والصاحبين من الحنفية على

(٤) الخريفي ٤/٢٠٢ ، البدائع ٢١/٧ .

(٥) مطالب أولي النهى ٦/٥٥١ .

(٦) فتح القدير ٨/٣٥٩ .

(٧) (ر : ف / ٨٩) .

(٨) معنى المحتاج ٤/٤٢٣ ، نهاية المحتاج ٨/٤٧٤ .

(١) المطلب ٢/٢٠٧ ، ٣٠٨ ، معنى المحتاج ٤/٤٢٣ .

(٢) على ما جزم به بعض القاضيين (ر : ف / ٥٠) .

(٣) المعنى لابن قدامة ١١ / ٤٩٩ .

قسمة الجمع في الرقيق أيضا إذا ضم إليه في كل نصيب شيء آخر لا يمنع من قسمة الاجبار - كأن يجعل مع كل نصيب من الرقيق منديل - وبعبارة أخرى : إذا جعل تبعا لغيره مما يقبل قسمة الاجبار ، كالغنم والثياب^(٤) . [وهذا كالتراجع ؛ لأنه لا يعجز عنه أحد ، ولأن المنطق حين يجتمع مقتضى ومانع على سواء ، أن يغلب المانع ، لا المقتضى ؛ لأن الحاضر مقدم] .

وبذا يبطل ما احتجوا به لأبي حنيفة من أن الشيء يقتصر فيه تبعا ما لا يقتصر استقلالاً : كالشرب والطريق يدخلان في بيع النهر والأرض تبعا ، ولا يباعان استقلالاً ؛ والمنقولات تدخل في وقف الضيعة ببقرها وأكرتها^(٥) وسائر آلاتها ، ولا توقف استقلالاً^(٦) ، ولذا كان أبو بكر الجصاص يرد هذا الاستثناء ، ويقول : إن قسمة القضاء لا تجوز في الرقيق وإن كان مع غيره عند أبي حنيفة ؛ لأن غير المقسوم ليس تبعا للمقسوم بل هو أصل بنفسه ، بخلاف الشرب والطريق^(٧) .

المثال الرابع : الثياب والأواني وما شاكلهما :

٨٧ - كل نوع يقع تحت جنس من أجناس العروض سوى الحيوان : كجنس الثياب ، والأواني ، والأبسة ، والوسائد ، يجيء فيه ما مر في أنواع الحيوان^(٨) : هل يعتبر كل نوع جنسا واحدا ، بغض النظر عن تفاوت صنوفه ، دون شرائط أم بشرطة تساوي القيم كما يذهب الحنابلة ؛ أم لا يكون جنسا إلا الصنف الواحد بل صنف الصنف ، مع شريطة زوال الشراكة بالقسمة - وهو مذهب الشافعية^(٩) .

٨٦ - لكن أبا حنيفة يجعل رقيق غير المغنم - وإن كان جنسا واحدا حقيقة - أجناسا مختلفة حكما ، بعدد أفراده ، لفحش التفاوت بينها ، في الاخلاق والآداب وفضائل النفس الباطنة : وهي مقاصد بالغة الأهمية ، تتكالب عليها الرغبات ، فلا يمكن تعديلهما بالقيمة ، كالأجناس المختلفة حقيقة - وبذا يخالف الرقيق الجنس الواحد من سائر الحيوان ، لقلة تفاوته عند اتحاده . وقد عرفنا فيما سلف^(١٠) لم فرق أبو حنيفة بين رقيق المغنم وغيره . وصاحب العناية والكفاية من شراح الهداية ، وصاحب تكملة البحر الرائق ، يقررون أن الصاحبين يوافقان أبا حنيفة على أن الاناث من الرقيق جنس ، والذكور جنس آخر ، لشدة تفاوت المقاصد حيث^(١١) . والجاهلير يتشبثون - من ناحية المعقول - بأن التعديل ممكن ؛ ويتعلقون - من حيث المنقول - بأن الرسول نفسه صلوات الله عليه قسم الرقيق في غير غنيمه : ففي حديث عمران بن حصين - عند الجماعة إلا البخاري - أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته ، لم يكن له مال غيرهم ، فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ، ثم أفرع بينهم : فأعتق اثنين ، وأرق أربعة ؛ وقال له قولا شديدا^(١٢) . وهذه حجة ناهضة على أبي حنيفة في تفرقه بصدد الرقيق ؛ [وربما توهم أنها تنهض أيضا على الشافعية في تفرقتهم بين الصنفين من النوع الواحد ، وصنفي الصنف ؛ لأنه صلوات الله عليه لم يسأل عن أنواع أولئك الستة الأرقاء أو أصنافهم . ولكن الشافعية يردون التعلق بوقائع الأحوال ، متى تطرق إليها الاحتمال ؛ ويكفيهم هنا أن يقولوا : ما يدرينا لعله صلوات الله عليه سأل ؟ وما يدرينا لعلهم جميعا كانوا صنفا واحدا لا تفاوت فيه ؟] . على أن أبا حنيفة عاد فأذن في الاجبار على

(٤) فتح القدير ٣٥٩/٨ .

(٥) في لسان العرب : الاكار : الحراث . والجمع اكارة : كانه جمع اكراه في التقدير .

(٦) - العناية على الهداية ٣٦١/٨ ، ملامسكين ٣٢١/١ .

(٧) بدائع ٢٢/٧ .

(٨) (ر : ف / ٧٨) ومجموعها .

(٩) مغني المحتاج ٤٢٣/٤ ، المغني لابن قدامة ٤٩١/١١ ،

مطلب اولي النهي ٥٥١/٦ .

(١٠) (ر : ف / ٢٧) .

(١١) فتح القدير ٣٥٩/٨ ، البحر ١٧٢/٨ .

(١٢) نيل الاوطار ٤٢/٦ .

نوع واحد ، يجمع في القسمة على القيمة^(٤) . وقد ذكر قبيل ذلك كيف أخذه من قول مالك ، دون أن يكون له نص فيه إذ يقول : « لم أسمع من مالك فيه شيئا ، ولكن أرى أن يجمع البز كله في القسمة فيجعل نوعا واحدا ، فيقسم على القيمة مثل الرقيق ؛ لأن الرقيق عند مالك نوع واحد ؛ وفيهم الكبير والصغير ، والهرم والحارية الفارغة ؛ فهذا كله نوع واحد ؛ وهو يتفاوت في الأثمان بمتزلة البز أو أشد ؛ فقد جعله مالك نوعا واحدا ؛ والبز عندي بهذه المتزلة^(٥) .

٨٩ - ويمثل الحنفية هنا لقسمة الثياب بمثلين لهما مغزى خاص : إذ إن أولهما يفيد أن الرد مانع من قسمة الاجبار عند الحنفية أيضا^(٦) . وثانيهما يفيد أن بقاء علقه الشركة - إذا لم يكن منه بد - لا يمنع من الاجبار على القسمة إذا تحقق أصل وجودها الشرعي في بعض المال المشترك .

أ - ثوبان مختلفا القيمة بين اثنين على التساوي ، لا يجبر على قسمتهما قسمة جمع ؛ لأنه لا يمكن تعديلهما إلا بشيء من خارج مال الشركة ، فيكون محض بيع وشراء ، وسبيل ذلك التراضي لا الاجبار .

ب - ثلاثة أثواب بين اثنين على التساوي ، وقيمة ثوب ورابع الثاني تساوي قيمة الثوب الثالث وثلاثة أرباع الثاني ، يجبر على القسمة هكذا بحيث تبقى الشركة في الثوب الثالث

(٤) المدونة ١٩٦/١٤ .

(٥) المدونة الكبرى ١٩٦/١٤ ، الفرعي ٤/٢٠٢ ، بلفه المالک ٢٤١/٢ .

(٦) فمما أنهم استنفوا من ذلك ما إذا تطورت القسمة دون رد (ر : ف ٢٨) فلم لا يكون هذا المثال من امثلة التطور ؟ قد يقال لانه يمكن التراضي على استقلال شريك بنوب وبقاء الآخر مشتركا كما صرح بذلك الشافعية والحنابلة (مغني المحتاج ٤/٢٢٤) ، الفروع ٨٤٦/٢ لكن قد ينازع الحنفية في تحقق اصل معنى القسمة حينئذ كما يتهم من المثال الثاني . ونعذر القسمة المعينة هنا هو مقتضى اصول المالكية ، إذ لابد عندهم في مثل ذلك (وعبارتهم : نحو الحيوان) من حصول كل شريك على واحد كامل او اكثر (الفرعي ٤/٢٠٢) .

٨٨ - أما الحنفية فلم يجعلوا كل الثياب القطنية أو الصوفية أو الحريرية نوعا ، ولا كل الأواني النحاسية أو الزجاجية أو الفخارية نوعا ؛ لأنها تختلف بالصنعة : إذ تصنف أصنافا شتى - كالقواء والحبة ، والقميص ، والسراويل ؛ والصحن والكأس ، والطست ، والابريق - بحيث تتفاوت مقاصدها تفاوتاً غير يسير ؛ فتلتحق هذه الأصناف بالأجناس المختلفة ولا يجبر على قسمتها معا قسمة الشيء الواحد (عبارتهم : لا يقسم بعضها في بعض) . [بل كلامهم صريح في أن اختلاف مصانع النسيج ، إذا كان مما تختلف به الأغراض ، يخرج لنا أجناسا شتى من الصنف الواحد كالآزار أو الرداء : ولذا يقول في المبسوط : « ان كان الذي بين الشركاء ثوباً زُطياً^(١) ، وثوباً هروياً^(٢) . لم يقسم إلا برضاهم^(٣) : فليكن كذلك كل ما تخرجه المصانع من غير الثياب] .

[وهذا تحريج شديد يجعلهم هنا والشافعية سواء . إلا أن الشافعية جارون على وتيرة واحدة في العروض كلها : حيوانا وغير حيوان . ولا كذلك الحنفية ؛ فان هذا نمط مختلف جدا عن مسلكهم في الحيوان] . ويقابله في الطرف الآخر تسامح المالكية وتوسعهم في جانب الثياب ؛ إذ ينصون على أنها كلها جنس واحد (أي نوع) ، لأن مقصودها واحد ، وهو ستر الجسم ؛ فتجتمع في قسمة الاجبار أيا كان أصلها ، من قطن أو حرير أو صوف مثلا ؛ ومهما كان شكلها كالجلايب والسراويلات . وفي هذا يقول ابن القاسم في المدونة : « الرجل يهلك ، ويترك قمصا وجبايا وأردية وسراويلات ، فلم أسمع مالكا يقول : تجعل السراويلات قسما على حدة ، والجلباب قسما على حدة ؛ ولكن هذا كله

(١) في محيط المحيط : الزُط : طائفة من أهل الهند : معرب جت . واليهم تنسب الثياب الزطية الواحد زطي . وهم المعروفون في الشام بالزُور .

(٢) في محيط المحيط : هراة : بلد من خراسان . والنسبة اليها هروي : يقال ثوب هروي .

(٣) الكفاية مع فتح القدير ٢٥٨/٨ .

الريق^(٦) يعني عن إعادة مثله هنا ، لأن الرقيق أحيانا أنفس كثيرا جدا من أئمن الجواهر وأغلاها ؛ ثم الجواهر توزن ، ولا يكاد بخطئ الوزن والخبرة في تعديلها فتिला . والذي نص عليه ابن القاسم أنها لا تقسم إلا وزنا^(٧) ولعله إنما أراد الصغار التي يكفي تعادها وزنا لتعادها قيمة - بدليل أنه كان يتكلم في حل امرأة ماتت . وإلا فالكبار تربى في القيمة على زنتها صغارا ، فيحتاج إلى الخبرة والتعديل] . وأجاب ابن القاسم عن قسمة حلي الذهب والفضة المرصعة بالجواهر الثمينة ، فلم يرخص في قسمتها قسمة تعديل إلا إذا كانت قيمة الذهب والفضة الثلث فأقل ، مع التقابض^(٨) . ذلك أنه حينئذ يجعل المقسوم أصالة هو الجواهر ، والذهب والفضة تبع . واذن يجيء في الإيجاب وعدمه ما مر من الخلاف^(٩) . [والشافعية كما يؤخذ من أصولهم المقررة ، لا يقولون هذه القسمة - بناء على أن القسمة بيع - لأنها من قبيل مد عوجة ودرهم ، قل الذهب والفضة أم كثر^(١٠) ، أما بناء على أنها محض تمييز حقوق فلا مانع ، قل الذهب والفضة أم كثر أيضا . ومقتضى أصول الحنفية إطلاق البطلان ؛ إذ القسمة عندهم لا تنفك عن المعاوضة ، واحتمال التفاضل قائم^(١١) .

المطلب الثالث

تقسيمها باعتبارين آخرين

وتحتنه شعبتان :

الشعبة الأولى

تقسيمها باعتبار وحدة المحل وتعددده :

وهي بهذا الاعتبار قسمان : ١ - قسمة جمع ٢ - قسمة تفريق : ويتبين ذلك بما يلي :

(٣) (ر : ف / ٨٦) .

(٧) المدونة الكبرى ١٩٦/١٤ .

(٨) المرجع السابق .

(٩) (ر : ف / ٨٢ وما بعدها) .

(١٠) (ر : ف / ٢٢) .

(١١) مجمع الأنهر ١١٨/٢ .

- لأحدهما فيه الربيع ، وللآخر الثلاثة الأرباع - إذ لا مانع من قسمة البعض دون البعض^(١) .

الفصل الخامس : الجواهر .

٩٠ - ليست الجواهر - على اختلاف أنواعها - من الآلي ويواقيت وماس وما إلى ذلك إلا جنسا من العروض كالحیوان . وكافة علماء المذاهب الفقهية عدا الحنفية لا يفردها بكلام ، اكتفاء بما قرروه في العروض عامة . فيجئ هنا ما أسلفناه في الحيوان^(٢) من وجهات النظر المختلفة . والقنوري نفسه من الحنفية قد يشير إلى هذا ، لأنه قال أولا : « ويقسم (يعني القاضي) العروض إذا كانت من صنف واحد^(٣) » وهذا عموم شامل للجواهر وغيرها ؛ ثم عاد ينبه على ما لأبي حنيفة من خلاف في بعض ما تناوله هذا العموم ، قائلا : « وقال أبو حنيفة : لا يقسم الرقيق والجواهر^(٤) » فأبو حنيفة يرى أن فحش التفاوت بين أفراد الجواهر ، ولو من نوع واحد ، كبرت أو صغرت ، كفحش التفاوت بين أفراد الرقيق ، أو أشد - قالوا : لأنه لو خالغ الزوج زوجته ، أو تزوجها ، على لؤلؤة ، أو ياقوتة ، أو عبد ، صحت تسمية العبد ، دون ما قبله - فهي نازلة منزلة الأجناس المختلفة ؛ ولذا فلا مجال للإيجاب على قسمتها : لا جمعا ، لا اختلاف الجنس ، ولا إفرادا لمكان الضرر . وللحنفية في الجواهر رأى ثالث اختاروه في المجلد بشيء من التعديل ، أدنى إلى التحكم^(٥) هو أن الجواهر الكبار أجناس مختلفة ، لا تجمع في قسمة الإيجاب ، لشدة تفاوت ما بينها ؛ والجواهر الصغار جنس واحد - ولو تعدد نوعها - كالماس واللؤلؤ - لأن التفاوت بينها قليل محتمل ؛ ومن السهل تعديله بالقيمة .

[وما تقدم في الرد على أبي حنيفة ، بصدد

(١) فتح القدير ٢٥٨/٨ ، ٢٥٩ .

(٢) (ر : ف / ٨٢ وما بعدها) .

(٣) فتح القدير ٢٥٨/٨ .

(٤) فتح القدير ٢٥٩/٨ .

(٥) (م ١١٢٧) .

فانه ان كان شيئاً واحداً - ليس معه غيره ، أو معه غيره إلا أن كل واحد يقسم على حدة - فقد تفرق بالقسمة أنصباة متميزة أي صار متعدداً بعد أن كان واحداً ، وهذا هو التفريق ، فالذي أدى إليه هو قسمة التفريق : وان كان أشياء متعددة تقسم جملة فقد ضم بعضها إلى بعض ، ولم ينظر إلى تعددها ، وإنما اعتبرت وحدة متكاملة ، ثم لا بد أن يترتب على قسمتها هكذا جمع نصيب الشريك كلاً أو بعضاً في عين واحدة أو أكثر - فهي إذن أساساً ومآلاً : قسمة جمع [،

٩٣ - ولعل هذا أفضل من عبارة المجلة - وان كان المال واحداً ، ونصمها^(٥) : القسمة تكون على وجهين : أما جمع الحصص الشائعة في كل فرد من أفراد الأعيان المشتركة في أقسامها : مثل قسمة ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة - عشرة ، عشرة : ويقال لها قسمة جمع : وأما تعيين الحصص الشائعة في العين الواحدة المشتركة في أقسامها مثل قسمة عرصة^(٦) بين اثنين - ويقال لها قسمة تفريق وفرد ، .

٩٤ - والفقهاء في سائر مذاهب الفقه لا يبرزون هذا التقسيم (إلى قسمة جمع وقسمة تفريق) لإبراز الحنفية^(٧) - ولكنه يجيء في ثنايا كلامهم ، لأن الحنفية لم يسعوا شيئاً مخترعاً ، بل حقائق واقعة ماثلة في كل مذهب - كما هو جدي بين من مجرد تصفح المعنى الذي أرادوا بكل من القسمين ، مع ما أسلفناه في قسمتي الإيجاب والراضي لدى الجميع^(٨) ،

٩١ - أ - قسمة الجمع : هي قسمة المتعددة قسمة الشيء الواحد : فان كان متساوي الأفراد وأجزائها لم يحتاج إلا إلى افراز كل نصيب على حدة ، دون حاجة إلى تقويم - مثال ذلك كمية من الأحجار المتساوية القوالب والصنعة بين ثلاثة بالتساوي ، لا تحتاج قسمتها إلا إلى عد ثلث منها لهذا ، ثم ثلث لذلك ، ثم يكون الباقي للثالث ، نظير ما لو كان المشترك ثوباً واحداً من القماش (بالمعنى المتداول الآن - أي ذراعاً معيناً من نسيج معين) بينهم على التساوي : فان قسمته لا تتطلب إلا أن يقاس ثلث الثوب لهذا ، ثم ثلث لذلك ، ثم يكون للثالث الباقي^(٩) .

وان كان بين بعض أفراد المال المشترك وبعض تفاوت بحيث لا يمكن تعديل الأنصباة فيه إلا بالتقويم - كما هو الغالب في أنواع العقار والحيوان ، وكما هي طبيعة الأشياء في الأجناس المتعددة كدار ومنقولاتها ، وضبعة ومحتوياتها - فانه أيضاً يعتبر كشيء واحد متفاوت الأجزاء لا تتعدل الأنصباة فيه إلا بتقويمه : كقطعة أرض زراعية تختلف أجزاءها في درجة الحصب فيقوم عند التشاح^(١٠) ويصيب كل شريك من أفراد المال المشترك ما يساوي نصيبه من القيمة كلها : فالذي نصيبه الثلث من مال قيمته ألف ومائتان يأخذ منه (تراضياً ، أو جبراً - على تفصيل يعلم مما سلف^(١١)) ما يساوي أربعمائة .

٩٢ - ب - قسمة التفريق : وتسمى قسمة الفرد أيضاً^(١٢) . هي قسمة الشيء الواحد نفسه - كما مثلناه آنفاً في التنظير لقسمة الجمع - أو الأشياء المتعددة كل واحد على حدة :

[وليس النظر في التسمية هنا وهناك إلى جمع الحصص الشائعة وتفريقها ، فانه لا بد من جمعها في كل قسمة . ولكن إلى محل القسمة نفسه :

(٥) (م ١١١٥) .

(٦) كل بقعة بين الدور ليس فيها بناء فهي عرصة (لسان العرب) .

(٧) والمتشرعون الوضعيون أيضاً يتفقون بلست النظر إلى ذلك ، وربما في هواشي مؤلفاتهم كما فصل المنهوري في الوسيط (٢/ ٨٩٠) .

(٨) ر : ف / ٤١ - ٧٢ .

(٩) البحر الرائق ١٧٢/٨ .

(١٠) رد المحتار ٥/ ١٧٢ .

(١١) (ر : ف / ٤١ وما بعدها) .

(١٢) رد المحتار ٥/ ١٧٢ .

الشعبة الثانية

تقسيمها باعتبار طبيعة المحل أو إرادة

المقاسمين

٩٥ - هي بهذا الاعتبار قسمان : ١ - قسمة أعيان ٢ - قسمة منافع : وذلك أن محل الشركة قد يكون مما لا يقبل القسمة - كدار صغيرة ، أو مطحن صغير : لا يمكن جعلهما دارين أو مطحنين ؛ فيؤثر الشركاء - إن لم يلزمهم الشرع (١) - الاستعاضة عن قسمة العين التي لا سبيل إليها جبرا بقسمة المنافع ؛ وهذه ميسورة أبداً

وقد يكون المحل مما يقبل القسمة - كما لو كانت الدار كبيرة ، والمطحن متسعاً وفيه طاحونان - ولكن الشركاء لأمر ما - كالحاجة إلى خدم أكثر مع عدم الإقامة بالبلد ، وكخوف المراحة التجارية - لا يريدون فض الشركة في العين ، بل يؤثران الإبقاء عليها واقتسام منافعها .

ومن ناحية أخرى قد تمكن القسمة العينية ويريد الشركاء أو بعضهم ؛ وقد لا تمكن لضررها (٢) ولكن الشركاء جميعاً يريدونها - وفي كلتا الحالتين تكون القسمة عينية . وفي كل من اللتين قبلهما تكون قسمة منافع . وسيجيء بسط الكلام في كل منهما ، بالاضافة إلى ما سلف (٣) .

الفصل الثاني

مقوماتها

٩٦ - إذا كانت القسمة هي تمييز الأنصباء لمستحقها (٤) ، فإنها لكي تتحقق لا بد لها من أربعة مقومات :

- ١ - الفعل الذي به التمييز - وله مظهر خارجي هو كيفية القسمة .
- ٢ - المال المشترك الذي تميز حصصه - وهو المقسوم .

(١) ر : المصلحة ف ٦ - ١١

(٢) إذا بلغ الضرر مبلغ الفساد فهذه مسألة أخرى . ر ف ٦٩

(٣) ر : ف ٤١ وما بعدها .

(٤) ر : ف ١/ - ٥ .

٣ - الفاعل الذي يتولى القسمة - وهو القاسم .

٤ - المستحقون - وإن شئت فقل المتقاسمون ، أو المقسوم له :

أما كيفية القسمة ، فنعرض لها في الفصل الثالث إن شاء الله .

وأما المقومات الثلاثة الأخرى ، فقد عزمنا على أن نعقد لكل منها فرعاً خاصاً في هذا الفصل مع إدراكنا لما عساه يعرض من شك في اعتبار القاسم مقوماً .

الفرع الأول

القاسم

٩٧ - لا يمكن أن تتحقق قسمة بدون قاسم . إلا أن هذا القاسم قد يكون هو الشركاء أنفسهم ، إن كانوا أكلاً ، أو أولياءهم إن كانوا قاصرين ؛ وقد يكون أجنبياً يولونه القسمة بينهم ، دون لجوء إلى القضاء ؛ وقد يكون القاضي - إذا طلب منه القسمة واحد من الشركاء أو أكثر : فيتولاها بنفسه ، أو ينصب من يتولاها نيابة عنه .

كل ذلك يحقق مقصود القسمة ، ولكن ما هي الشرائط المعتمدة في القاسم على كل حال ؟ وماذا يتعلق بأجره - إن لم يكن متبرعاً ؟

هنا إذن مطلبان :

المطلب الأول

شرائطه

اقتصر صاحب البدائع من الخفية (٥) على شريطين اثنتين :

٩٨ - الأولى : العقل : لأن أهلية كل تصرف شرعي متوقفة عليه . فلا تصح قسمة صبي لتمييز له ، أو مجنون كذلك . أما الصبي العاقل ، فإنه يصح أن يتولى القسمة باذن وليه ؛ لأن البلوغ

(٥) البدائع ١٨/٧ .

نقله عن منية المفتي وغيره ، وعبرة منية المفتي لا تفيد^(٥) .

[٢ - قدمنا أن قسمة المثل لا تتوقف على حضور الشريك ولا رضاه^(٦) فما هنا خاص بالقيميات] .

١٠١ - ب - وأما الولاية : فتوعان : ١ - ولاية قضاء ٢ - ولاية قرابة أو ما في معناها . ويفترقان من حيث اشتراط طاب القسمة وعدم اشتراطه : فالقاضي لا يقسم بنفسه ، أو بمن ينيبه ، إلا إذا طلب منه القسمة جميع الشركاء أو بعضهم . ولا تصح قسمته ان قسم بلون هذا الطلب ، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه . أما بعد الطلب فقسمته ماضية على الكبير والصغير والحاضر والغائب والذكر والانثى ، والمسلم والنمي ، والحر والعبد ، والمأفون والمكاتب^(٧) .

أما الأب أو الجد أو وصيه فيقسم على من تحت ولايته - كالصغير والمجنون - دون توقف على طلب طالب . ووصي الأم أو الأخ أو العم ، له ولاية بيع المنقول دون العقار - فكل ذلك ولاية قسمته .

والأصل أن كل من له ولاية البيع ، فله ولاية القسمة ، ومن لا فلا ؛ لأن القسمة لا تنفك عن معنى المبادلة^(٨) .

١٠٢ - ما ليس بشريطة : فليس يشترط في القاسم :

أ - اسلام ، ولا حرية ، ولا ذكورة : بل يقسم النمي ، والمرأة ، والمكاتب ، والمأفون - لأن ييهم صحيح^(٩) .

ب - ولا عدالة ، ولا أمانة ، ولا علم بالقسمة ، أو معرفة بالحساب والمساحة - وإن كانت هذه

ليس من شرائط القاسم - سواء كان منصوباً من قبل الشركاء ، أم من قبل القاضي .

٩٩ - الثانية : الملك أو الولاية : فالذي لا ملك له ولا ولاية فضولي . والمقصود ملك المال الذي تراد قسمته ، أو مجرد الولاية عليه من غير ملك له :

أ - فالشركاء الذين يملكون المال المشترك ، لهم أن يقسموا لأنفسهم متى تراضوا على ذلك ، دون استعانة بأحد ؛ لأن القسمة نوع من المعاوضة ، والمال مالهم^(١) ؛ ولهم أن يوكلوا في القسمة من شاءوا . وينوب عن القاصر وليه ، وعن الغائب وكيله : فان لم يكن ولي ولا وكيل ، فلا بد من أمر القاضي قبل القسمة ، أو إجازته بعدها^(٢) - أو إجازة الغائب نفسه ، أو القاصر بعد كماله أو وليه إذا حضر . ويستوى في الإجازة أن تكون قولية صريحة ، وأن تكون مفهومة من التصرف دلالة - كما لو باع الغائب أو الصبي بعد بلوغه نصيبه أو بعضه . إلا أن الإجازة لا تجدي إذا سبقها الرد : كأن رفض القسمة ، ثم بدا له فأقرها^(٣) .

ولو مات الغائب أو القاصر ، فان إجازة الورثة تقوم مقام إجازته استحساناً ؛ خلافاً لمحمد ، الواقف مع القياس^(٤) .

ملحوظتان :

١٠٠ - ١ - ذكر صاحب الدر المختار أن قسمة الورثة هي التي تنفذ بالإجازة ؛ أما قسمة الشركاء بغير الميراث فلا : وفيه وقفة ، لأنه

(١) العنيفة على الهداية مع فتح القدير ٢٥٢/٨ .

(٢) في القانون المصري للولاية على المال تنص المادتان (٤٠ ، ٧٩) على أن للمحكمة رقابة سابقة ورقابة لاحقة على قسمة مال المحجور والغائب : بمعنى أنه لا بد لصحة القسمة من أن المحكمة قبل إجرائها وأجازتها بعد التأكد من عدالتها إذا تمت باستئناء قسمة الأب فإنه يستقل بها .

(٣) رد المحتار ١٦٩/٥ .

(٤) المرجع السابق

(٥) رد المحتار ١٦٩/٥ .

(٦) (ر : ف ٢٦) .

(٧) البدائع ١٨/٧ .

(٨) المرجع السابق .

(٩) المرجع السابق .

في منصوب الحاكم^(٥). وعكس الخاتبة ، فجعلوا لزوم قسمته بعد القرعة نتيجة طبيعية لا تصافه بالصفات المعبرة في منصوب الحاكم لأنه إذن قائم مقامه ، فإذا اختلفت فيه هذه الصفات لم تكن لقسمته صفة الالتزام إلا إذا تراضى بها الشركاء - كما لو قسموا هم لأنفسهم ؛ إذ لا حاكم بينهم حيثئذ ، ولا من يقوم مقامه^(٦).

١٠٥ - فقاسم الحاكم لا بد فيه من عدة شرائط ، لا تصح القسمة دون توافرها :

الشريعة الأولى : العدالة :

١٠٦ - ليؤمن الجور في إيصال الحقوق إلى أربابها . فإن قسمته لازمة للمقتسمين ، لا خيار لهم في قبولها ورفضها - ومن ثم فإن ولاية القسمة من قبيل الولايات الواجبة الطاعة : وغير العدل ليس من أهلها ، قياسا على الحاكم نفسه^(٧).

هذه الشريعة أطبق عليها المالكية والشافعية والخاتبة .

الشريعة الثانية : الحرية :

١٠٧ - لأن العبد أيضا ليس من أهل الولايات . وبهذه الشريعة يأخذ المالكية والشافعية ، دون الخاتبة^(٨).

الشريعة الثالثة : الذكورة :

١٠٨ - وانفرد الشافعية باعتبار هذه الشريعة ؛ لأن المرأة عندهم ليست من أهل الولايات . وهذه خلافية مشهورة^(٩) وبهذه المناسبة ينبغي أن ننبه على الاجمال - لثلا يطول بنا المقال - أن الشافعية يشترطون في قاسم الحاكم شريطة جامعة

من الصفات المستحبة فيه^(١٠). هكذا يقرر صاحب البدائع . مع أن القدوري وصاحب الهداية يقولان : « يجب أن يكون (أي القاسم) عدلا مأمونا ، عالما بالقسمة ؛ لأنه من جنس عمل القضاة ؛ ولأنه لا بد من القدرة ، وهي بالعلم ، ومن الاعتماد على قوله ، وهو بالأمانة^(١١) ». وحل هذا التناقض أن الوجوب على الامام ، لا في القاسم : أي أنه يجب على الامام - إن نصب قاسما ؛ وهو مندوب إلى ذلك - أن ينصب عدلا ، عالما بالقسمة ؛ لكن لا يشترط أن يكون القاسم كذلك لتصح قسمته - نظير ما قالوه في القاضي^(١٢).

١٠٣ - وقبل كل شيء ينبغي التفتن إلى أن الوصي على القاصر ، إذا كان وصي الأم أو الأخ أو العم ، فليس وصيا قط ، عند المالكية والشافعية والخاتبة . وإنما هو كأبي أجنبي ، بلا أدنى فرق . ولا أثر ولا وزن لمثل هذه الوصاية بحال^(١٣).

١٠٤ - ثم معنى ما ذكره الحنفية أن لا فرق في القاسم عندهم - من حيث الصفات المعبرة فيه - بين أن يكون منصوب الحاكم أو القاضي ، أو منصوب الشركاء أنفسهم . [وهذا مسلك لا نجله صريحا عند أحد سواهم من أهل الفقه]

أما سائر فقهاء المذاهب التي نعالجها بالبحث هنا فيفترقون بين القاسم الذي هو منصوب الحاكم ؛ والقاسم الذي يقيمه الشركاء أنفسهم - إلا أن هذا الذي يقيمه الشركاء إذا جعلوه محكما بينهم : بمعنى أن قسمته لازمة للجميع ، لا يملكون حق رفضها ، فقد نص الشافعية على أن شرائطه حيثئذ تكون هي الشرائط المعبرة

(٥) مغني المحتاج ٤/١٩ ، التجريد المفيد ٤/٣٦٩ .

(٦) المغني لابن قدامة ١١/٥٠٦ .

(٨) الخرشي ٤/٤٠١ ، مغني المحتاج ٤/٤١٨ ، المغني لابن قدامة ١١/٥٠٦ .

(٨) الخرشي ٤/٤٠١ ، مغني المحتاج ٤/٤١٨ ، المغني لابن قدامة ١١/٥٠٦ .

(٩) مغني المحتاج ٤/٤١٨ . ولكن الشافعية تهادوا فيها مالم يتبادر فيهم .

(١١) البدائع ١٩/٧ .

(١٢) فتح القدير ٨/٢٥١ .

(١٣) رد المحتار ٥/١٦٨ .

(٤) الفتاوى الكبرى ١٤/٢٠٠ ، ٢٠١ ، البجوري على ابن قاسم ٢/٩١ ، دليل الطالب ١٢١ ، ١٦٨ . منهاج الطالبين

بالسراج الوهاج ٢٢٦ .

من المالكية (٦) لأن التقويم شهادة بالقيمة ، وهذه لا يكفي فيها واحد .

وانما خالف المالكية - فيما قرره جماهيرهم - وبعض الحنابلة ، لأن القسمة ثبت بطريق الخبر عن علم يختص به القليل من الناس ، فيكفي واحد ، كالطبيب والقاضي والمفتي (٧) ؛ ثم الذي ثبت عن علي أنه كان له قاسم واحد .

[ولا يخفى تفاهته بعد التسليم بأن التقويم شهادة بالقيمة] نعم إذا جعل القاسم حاكما في التقويم ، كما جعل حاكما في القسمة ، فحينئذ يكون له فيما قرره الشافعية - ان يحكم بعلمه من حيث القيمة : فيكون قد قسم وقوم وهو واحد (٨) .

وعلى نقض ما ذهب إليه المالكية ومن معهم ذهب الشافعي في قول له آخر ، إذ كان لا يرى اكتفاء الحاكم بقاسم واحد في قسمة ما - سواء أحتاج إلى التقويم أم لم يحتاج . واعتمده البلقيني قائلا : « لم نجد نصا صريحا (يعني للشافعي) يخالفه » . ولكن ضعفه الأكثرون ، لأنه مبني على أن القاسم شاهد ؛ وليس كذلك ، لأنه يستقل باستيفاء الحقوق لأهلها على سبيل الالتزام فهو حاكم ، لا شاهد (٩) .

١١١ - وليس الخرص (تقدير الرطب والعنب على الشجر) (١٠) إذا احتيج إليه ، من قبيل التقويم ؛ لأن التقويم إخبار يحتمل الكذب ،

هي : أن يكون من أهل الشهادات كلها فلا بد أن يكون مكلفا ، ذكرا ، حرا ، مسلما ، عدلا ، ضابطا (لا مغفلا) سميعا بصيرا ، ناطقا - لأن كل المتصفين بأضداد هذه الصفات ليسوا من أهل الولايات ؛ ومن ثم أيضا منعوا أن يكون الأصل - من أب أو جد مهما علا - قاسم حاكم لفرعه مهما نزل ، كالولد وولد الولد ؛ وكذلك عكسه : أعني أنهم منعوا أن يكون الفرع قاسم حاكم لأصله (١١) .

الشريعة الرابعة : علمه بالقسمة :

١٠٩ - أي أن تتوفر له الآلة اللازمة للقيام بعمل القاسم : كعرفة الحساب ، والمساحة - إن نصب قاسما عاما ، لأنه لا بد محتاج ذلك ، أو قاسما لما لم تمكن قسمته دون هذه المعرفة (١٢) . نص على هذه الشريعة الشافعية والحنابلة (١٣) وقد نص الحنابلة على أن معرفة التقويم مما يتوقف عليه العلم بالقسمة حيثما احتيج إليه (١٤) وهذا هو الذي أعتد به البلقيني من خلاف عند الشافعية - وأن اعتمد أكثرهم أنها ليست كذلك ؛ لأنه يستطيع الاستعانة بأهل الخبرة في التقويم ، ان احتاجه ؛ وعند ذاك يعتمد منهم شهادة رجلين عدلين ؛ غاية ما هناك أنه يفضل فيه أن يكون عارفا بالتقويم أيضا . أما قاسم لا يعرف حسابا ولا مساحة - فكماض لا يعرف الفقه ، أو كاتب لا يعرف الخط (١٥) .

الشريعة الخامسة : تعدده حين تكون ثم حاجة إلى التقويم :

١١٠ - أي وكان هو المقوم . وقد جزم بذلك الشافعية ، واعتمده الحنابلة ، وهو ظاهر خليل

(٦) ولكن الخرخشي - اعتمادا على مقررات المذهب : من أن القوم لا يشترط تعدده الا حيث يترتب على التقويم حد او غرم ، كتقويم المروق وارث الجنابة ، لانه ان كلف الشاهد على القيمة - قرر ان الراجح في المذهب اطلاق عدم اشتراط تصدد القاسم ولو احتاج الى التقويم ولا تصدد القوم حين يكون غير القاسم ، اذ لا يترتب على التقويم هنا حد او غرم (الخرخشي/٤/٤٠١) .

(٧) الخرخشي ٤٠١/٤ .

(٨) مغني المحتاج ٤١٩/٤ .

(٩) مغني المحتاج ٤١٩/٤ ، نهاية المحتاج ٢٧٠/٨ ،

الفروع ٨٥٢/٢ .

(١٠) ومن العلماء يعممه ر : ف/١٨ ، ٣٩ ، ١٧٥٠ .

(١١) التجريد المفيد ٣٦٨/٤ .

(١٢) نهاية المحتاج ٢٦٩/٨ .

(١٣) المغني لابن قدامة ٥٠٦/١١ .

(١٤) المرجع السابق .

(١٥) مغني المحتاج ٤١٩/٤ .

والحرص انشاء حكم عن اجتهاد - كما يفعل القاضي . فيكفي مع الحاجة إلى الحرص قاسم واحد ، كما اكتفوا بخارص واحد في الزكاة : وان زعم إمام الحرمين أن القياس قاسمان اعتبارا بالتقويم^(١).

١١٢ - الشريعة السادسة : نزاهته وعفته : عن الرشوة وما إليها . وهذه الشريعة يقتضيها كلام الشافعي في الأم ؛ وجرى على اعتبارها جمع من أصحابه القدامى كالماوردي ، والمتأخرين كالشيخ زكريا الانصاري . ولكنهم أشاروا إلى تضعيفه حين نبهوا على أنها ليست من شرائط القاضي^(٢).

١١٣ - وقاسم الشركاء الذي هو في حقيقة الأمر مجرد وكيل عنهم ، قد يعفيه وضعه هذا من أكثر شرائط قاسم الحاكم . فان الشافعية ينصون على أنه - إذا لم يكن في الشركاء محجور عليه - لا يشترط فيه سوى التكليف : حتى ليجوز أن يكون امرأة ، أو فاسقا ، أو ذميا ، ولا يشترط أحد تعدده^(٣) . فاذا كان في الشركاء محجور اشترطت في قاسمهم أيضا شرائط قاسم الحاكم ، نظرا وحيطة ويكتفي المالكية والحنابلة بالضمان الذي في أيدي الشركاء بالنسبة لقاسمهم هذا : أعني أن لهم الحق في رفض قسمته إذا لم ترقهم ، فلا يشترطون لصحتها ولزومها إلا تراضيهم : ولو كان هذا القاسم لا يعرف القسمة^(٤) وظاهر أن ولي المحجور ووكيل الغائب ينوبان مناهما .

١١٤ - وينص الشافعية هنا على دققة . وهي أنه لا يصح أن يكون قاسم شريكا ووكيلا لسائر الشركاء أو لبعض منهم : كأن يقولوا

كلهم له أنت وكيل عنا فاقسم كما ترى ، وافرز لنفسك ولكل واحد منا نصيبه ؛ أو يكونوا أربعة ، فيوكل اثنان منهم الاثنان الآخرين في القسمة ، بحيث يكون أحدهما وكيلا عن واحد والآخر عن الآخر . والسر في هذا أن على الوكيل أن يحتاط لموكله ؛ وهذا ما لا يستطيعه الوكيل هنا ، لأنه يتناقض مع احتياطه لنفسه الذي هو أمر غريزي مركز في الفطر .

نعم إذا وقع التوكيل بحيث لا يؤدي إلى هذا التناقض ، فلا بأس ، وذلك كما إذا أثر أحد الشركاء أن يبقى هو وآخر شريكين بنصيبيهما بعد انفصال الآخرين : فيوكله في القسمة على أن يكون نصيباهما جزءا واحدا - فان الوكيل حينئذ يستطيع أن يحتاط لنفسه ولموكله ، بلا أدنى تعارض^(٥).

المطلب الثاني

أجرته :

وتسمى القسامة (بضم القاف) (٦) . والبحث في أجرة القاسم يتناولها من طرفين :

الطرف الأول : على من تكون ؟

الطرف الثاني : كيف توزع ؟ على عدد الرعوس أم بقدر الانصاء ؟

الطرف الأول : على من تكون ؟

١١٥ - القاسم ان لم يكن متبرعا فلا بد له من أجرة ، ولو كان هو القاضي نفسه كما سيجيء . واجرته ان كان قاسم الشركاء على الشركاء ؛ لأن نفع القسمة ينحصرهم ؛ وان كان قاسم القاضي ، فالأفضل أن تكون أجرته في خزانة الدولة (بيت مال المسلمين) ، لأن هذا أرفق بالناس . بل مطلوب من القاضي - على سبيل النسب والاستحباب أن يتخذ قاسما عاما ، بصفة دائمة ، له رزق جارٍ (راتب شهري مثلا) كسائر عمال

(١) مغني المحتاج ٤/٤١٩ . ونهاية المحتاج ٨/٢٧٠ .

(٢) مغني المحتاج ٤/٤١٩ ، نهاية المحتاج ٨/٢٦٩ ، التجريد القيد ٤/٣٦٩ .

(٣) نهاية المحتاج ٨/٢٦٩ ، التجريد القيد ٤/٣٦٩ .
(٤) الفرشي ٤/٤١٩ ، المغني لابن قدامة ١١/٥٠٦ .

(٥) مغني المحتاج ٤/٤١٨ .

(٦) الفروع ٢/٨٥٢ .

المغنى وجوبه^(٤). وكلهم ينقلون أن عليا كان له قاسم عام من عماله الدائمين ، وفي بعض الروايات أن اسمه عبد الله بن يحيى ، وأنه كان يرزقه من بيت المال^(٥).

لكن الشافعية ينصون على أنه إذا لم يجز عليه رزقه من بيت المال ، فإن هذا قد يفسد المقصود من نصبه ؛ لأنه إذن مظنة أن يغالي في الأجرة ، ويقبل الرشوة ، ويحور في القسمة . ولذا فالأفضل حيثئذ ألا يعين قاسما ، وأن يدع الناس يستأجرون أو يستعينون بمن شاءوا . بل منهم من منع حيثئذ هذا التعيين ، وقضى بحجته . [ويلوح من كلامهم أنه فيما إذا أُلزم الناس به . والذي لم يذهب إلى الحظر ، ناظر فيما يبدو إلى أن شريطة قاسم القاضي عندهم العدالة والأمانة والورع : فيبقى الترجيح بين احتمال ضعيف ، هو فساد ذمته ، ومصلحة راجحة ، هي أن يكون للناس قاسم معروف ذو أهلية يكفي للفن والغرير - والمفسدة المرجوحة لا تلغي المناسبة ، كما هو مقرر في الأصول ، ولذا ، لما لم يشرط الحنفية هذه الشرائط في القاسم أخذوا بحجته الزام الناس بأن يقسم لهم بأجرة عليهم . ومجرد نصبه لا يستلزم هذا الإلزام ، فيظل مطلوبا ، لما فيه من مصلحة ظاهرة . ولا يخفى سداده] .

وفي كلام الشافعية ما يفيد موافقتهم للحنفية في أن للقاضي نفسه أن يتقاضى من المتقاسمين أجرة قسمته بينهم ، إذا تولاهما بنفسه . فهذا الرمي ، بلعنا قرر أن الامام قد يقسم بنفسه ، يقول : « وأما حرم على القاضي أخذ أجرة على القضاء مطلقا ، لأن الحكم حق الله تعالى ؛ والقسمة حق الآدمي ؛ ولأن للقاسم عملا يباشره فالأجرة في مقابلته ؛ والحاكم مقصود على الأمر والنهي »^(٦).

١١٨ - ويوجد من أهل الفقه من يكره أخذ

الدولة ، يكون معدا للقيام بالقسمة بين الشركاء عند طلبها - دون تقاضي أجر منهم . لأن هذه منفعة عامة ، من جنس عمل القاضي - إذ هي أيضا لقطع المنازعات - فيكون مقابلها في المال العام كرزق القاضي نفسه . فإن لم يجعل أجرته في بيت المال - لأمر ما - فإن أجرته تكون على المتقاسمين لأن النفع واصل إليهم ؛ لكن يقدرها القاضي بأجرة المثل لثلاث يتحكم القاسم ويشط . ومع ذلك لا يلزمهم بالقاسم الذي ينصبه ، بل يدع لهم الخيار - فإن شاءوا قسم لهم ، وإن شاءوا استأجروا غيره . ولا سبيل إلى إجبارهم على توكيل قاسم بعينه ، لأن الأصل في العقود أن لا يجبر عليها . كما أنه للمصلحة العامة لا يدع القسمين يعملون في شركة معا ، لثلاث يتواطئوا ، ويزيدوا في الأجرة^(٧).

واخاذ القاسم الدائم يظل مندوبا إليه وإن لم يقرر له أجرة في بيت المال ؛ لأن القاضي أعرف بمن يصلح لهذا الغرض ؛ ولأن قاسم القاضي أعم نفعا ، إذ تنفذ قسمته على المحجور والغائب - بخلاف قسمة غيره^(٨).

١١٦ - ثم القسمة تشبه القضاء ، لأنها تدخل في ولاية القاضي ، ويلزم بها الآتي . ولكنها ليست منه على التحقيق ؛ ولذا لا تجب على القاضي مباشرتها بنفسه . فمن أجل كونها ليست قضاء ، إذا تولاهما القاضي يجوز له أن يأخذ أجرتها من المتقاسمين ؛ ولكن لمكان شبهها بالقضاء يكون الأولى له أن لا يأخذ^(٩).

١١٧ - هكذا قرر الحنفية . ولا يخالف أحد من أهل الفقه في أجرة قاسم الشركاء على الشركاء ، ولا في أن نصب الحاكم قاسما ليقسم بين الناس من المصالح العامة ، بل ظاهر قول ابن قدامة في

(٤) (١١/٥٥) .

(٥) الخريفي ٤/٤٠٢ ، ٤٠٥ ، مغني المحتاج ٤/٤١٩

(٦) نهية المحتاج ٨/٢٧٠ .

(١) فتح القدير ٨/٢٥٠ ، ٢٥١ ، رد المحتار ٥/١٦٨ .

(٢) بدائع الصنائع ٧/١٩٠ .

(٣) المضاربة مع فتح القدير ٨/٢٥١ .

— كإضاعة من أولى الأمر ، أو عوز في بيت المال ، أو رغبة من المتقاسمين عن قاسم الدولة ، فانه يعرض سؤال هام : كيف توزع الأجرة عليهم ؟ هل توزع على عدد رؤوسهم أم توزع بمقدار أنصابتهم ؟ وهل تكون على من طلب القسمة ومن لم يطلبها أم على من طلبها وحده ؟

١٢٠ - الشق الأول من السؤال :

فبالنسبة للشق الأول من السؤال : هل توزع على عدد الرؤوس أم بمقدار الانصباء ؟ هما رأيان لأهل الفقه :

الرأي الأول : على عدد الرؤوس : وعليه أبو حنيفة — دون صاحبيه — وجماهير المالكية ، وبعض الحنابلة ، وهو قول للشافعي ، وهؤلاء يحتجون بأن الأجرة في مقابلة العمل ، وعمل القاسم بالنسبة لجميع المتقاسمين سواء ، إذ هو تمييز الأنصباء ، وما ذاك إلا شيء واحد لا يقبل التفاوت : فتمييز القليل من الكثير هو بعينه تمييز الكثير من القليل ؛ وإذا لم يتفاوت العمل لم تتفاوت الأجرة . أما الوسائل الموصلة إلى هذا التمييز ، كالساحة وما تتطلبه من جهد ، والكيل والوزن ، فهذا شيء آخر غير القسمة ؛ وليست أجرة القسمة من أجله ، ولذا لو استعان فيه بالمتقاسمين أنفسهم لاستحق أجرته على القسمة كاملة^(١) وربما أضافوا على الترتل : سلمنا أن هناك تفاوتاً ، لكن ضبط الأجرة بمقدار الأنصباء غير ممكن ، إذ ليس النصيب الكبير دائماً أصعب حساباً ولا النصيب اليسير دائماً أيسر . فلا يمكن ضبطها إلا بأصل التمييز^(٢).

الرأي الثاني : بمقدار الانصباء : وعليه الصحابان من الحنفية ، وأصبح من المالكية ، وعليه عمل المضاربة أخيراً^(٣) وأكثر الشافعية والحنابلة ، وهو

الأجرة على القسمة أياً كانت . وهذا مما يروى عن أحمد . وعليه ابن حبيب من المالكية ؛ وجرى عليه الدردير ، لأنه ليس من مكارم الأخلاق^(٤) . وهو المتبادر من عبارة المدونة ، إذ تقول : « كان خارجة وربيعة يقسمان بلا أجر ، لأن ما كان من باب العلم لا يؤخذ عليه أجر » . ويقول ابن عينة : « لاتأخذ على الخير أجر » . ويستدلون لذلك من الأثر بحديث أبي سعيد يرفه — عند أبي داود : « إياكم والقسامة . قالوا : وما القسامة ؟ قال الشيء يكون بين الناس فينتقص منه » وفي اسناده من ينكر حديثه . لكن روى أبو داود نحوه بإسناد جيد عن عطاء بن يسار مرسلاً ، وقال فيه : « هو الرجل يكون على الفئام من الناس (أي الجماعات) فيأخذ من حظ هذا ، ومن حظ هذا »^(٥) [فلو كانت فيه دلالة لنهض عند من يحتج بالمراسيل . لكنه ليس من أجرة القسمة في شيء ؛ وإنما هو في الظلم الخالص الذي يفعله عرفاء العمال في كل زمان : إذ يقتطعون من أجور عمالهم بغير حق ، ويثرون من الحرام في الزمن الوجيز] .

لكن المالكية والحنابلة — وفاقاً لغيرهم — لم يعتدوا بهذا الخلاف واعتدوا الجواز باطلاق : سواء اكانت الأجرة من بيت المال أم على الشركاء — إلا أن المالكية يقيدونهم بالرشاء ، ويكرهون أخذ الأجرة من غيرهم . لكن لا تباح الأجرة للقاسم إلا نظير تولى القسمة — أما أن يأخذ الأجرة من المتقاسمين بمحكم منصبه ، دون أن يكون هو الذي قسم بينهم ، فهذا هو السحت الذي لا شك فيه ، ولو كان بغرض من القاضي أو الامام^(٦).

الطرف الثاني : كيف توزع ؟

١١٩ — إذا كانت الأجرة في بيت المال فلا كلام . أما إذا كانت على المتقاسمين لسبب ما

(١) بدائع الصنائع ١٩/٧ ، المنهاية مع فتح القدير ٢٥٢/٨ ،

وقسارن هذا بما تقدم لفسر الحنفية ر : ف/١٩ .

(٥) الفرشي ٤٠٢/٤ ، مفتي المحتاج ٤٢٠/٤ ، الانصاف ٣٥٥/١١ .

(٦) التفتة وهو اشبهها ٧٦/٢ .

(١) بلفظة السلك ٢٤٠/٢ .

(٢) النوع ٨٥٢/٢ .

(٣) الفرشي ٤٠٢/٤ ، الخنسي ٥٠٧/١١ ، الفروع

٨٥٢/٢ ، ٨٥٢/٢ .

ب - إذا اتفق المتقاسمون على تحمل الأجرة بنسبة مخالفة لقدر أنصباهم ، وشرطوا ذلك على القاسم فهل هو شرط معتبر أم لاغ ؟

قطع الشافعية باعتباره ، لأنه أجبرهم ، فلا يستحق في أجارة صحيحة إلا ما وقع العقد عليه^(١٣). ووافقهم بعض الحنابلة ، لكنهم لأمر ما اعتمدوا بطلان الشرط^(١٤). كما قرره الشافعية في توزيع أجرة المثل حين تكون الاجارة فاسدة^(١٥).

ح - إذا أتم القاسم القسمة ، دون أن تذكر أجرة ، فلا أجرة له ، قياسا على القصار يدفع إليه الثوب ليقصره ، ولا تسمى أجرة . - اللهم إلا أن يكون قد قام بالقسمة بتوجيه من الامام أو القاضي فحيثئذ تكون له أجرة المثل .

هكذا قرره اكثر الشافعية^(١٦) وهم منازعون في ذلك تأصيلا وتفرعا حتى بينهم وبين أنفسهم^(١٧) وحسبك بخلاف مثل المزني وابن سريج . ثم هذا الجبرمي من أواخر متأخريهم يقرر أن القاسم يستحق الأجرة ، وإن لم يذكر له الطالب شيئا ، ويقول : أنه مستثنى ممن عمل عملا بغير أجرة^(١٨).

د - كيفية استئجار المتقاسمين من يقسم بينهم هي أن يستأجروه كلهم - ولو بواسطة وكيل عنهم - بعقد واحد - ومنه ما لو استأجره واحد منهم ورضى سائرهم ؛ أو أن يستأجره كل واحد بعقد على حدة لتعيين نصيبه لقاء أجر معلوم . هكذا قرره الشافعية والحنابلة ، إلا أن متأخري الشافعية لم يرتضوا اطلاق الشافعي تصحيح الصورة الأخيرة - بناء على أن كل واحد إنما يعقد لنفسه فلا حاجة إلى رضاء غيره - وقيلوه برضاء الباقيين ، لأن كل عقد على حدة يقتضي التصرف في ملك الغير بغير اذنه . [وهو من قبيل التنطع

معتمدهم وعليه معولهم . وهؤلاء يتعلقون بأن أجرة القسمة من مؤن الملك ، فتقدر بقدره . كالنفقة على المال المشترك من نحو اطعام بهائم وحفر بئر أو قناة ، وحرث أرض أو رباها ، وكييل حب مشرى أو وزنه .

وهذا قياس جلي ، حاول الأولون ابطاله بابداء الفارق إذ قالوا : النفقة في مقابلة الملك ، والأجرة في مقابلة العمل لا الملك [ولكن بلا جدوى ؛ لأنه مع كون الأجرة في مقابلة عمل الأجير ، هي من مؤن الملك نفسه . بلا أدنى ريبة ؛ ولا ظل للتدافع بين هذا وذاك] . أما حجة الأولين فقد كر عليها الآخرون بنقضين قوين :

أولهما : أنها منقوضة بأجرة الحفظ ؛ فانه شيء واحد لا تفاوت فيه ، إذ حفظ الكثير ، هو بعينه حفظ القليل ؛ وليس حفظ السير دائما أيسر ومع ذلك فان أجرة الحفظ تكون على الشركاء بقدر انصباهم .

ثانيهما : أن أحد الشريكين قد يكون له سهم واحد من ألف سهم ، ونصف الأجرة يستغرق قيمة نصيبه بأسره ، فكيف يحمله ، وفي أي منطق عدالة يستقيم مثل هذا^(١٩) ؟

١٢١ - أ - حين يقال تكون الأجرة بمقدار الانصباء يمكن التساؤل : أهى الانصباء الأصلية في المال المشترك أم الانصباء المأخوذة نتيجة للقسمة . مثلا : حين يكون لأحد الشريكين نصف الأرض المشتركة ، لكنه يأخذ بالقسمة ثلثها فحسب ، لأنه أوجد ؛ هل يكون عليه نصف أجرة القسمة أم ثلثها ؟

عالج الشافعية هذه المسألة ، وأبدى فيها صاحب المذهب وجهين من غير ترجيح ؛ ورجح المتأخرون أن الأجرة تكون على قدر الحصص المأخوذة^(٢٠).

(١٣) مفني المحتاج ٤/١٩ ، المذهب ٢/٣٠٦ .

(١٤) مطالب أولى النهى ١/٥٥٩ .

(١٥) نهاية المحتاج ٨/٢٧٠ ، التجريد الحيد ٤/٣٩١ .

(١٦) مفني المحتاج ٤/٤٢٠ ، نهاية المحتاج ٨/٢٧٠ .

(١٧) المذهب ١/٤١٠ .

(١٨) التجريد الحيد ٤/٣٩١ .

(١٩) بدائع الصنائع ٧/١٩ ، مفني المحتاج ٤/٤٢٠ ، المفنى

لابن قدامة ١١/٥٠٧ .

(٢٠) المذهب ٢/٣٠٨ ، مفني المحتاج ٤/٤١٩ ، نهاية المحتاج

٨/٢٧٠ .

نفسه في أصح الروايتين عنه . [وكأنهم لم يلتفتوا إلى ملحظ تلك القلة لأنه ليس بلازم ؛ وعلى فرض تحققه فهو ضرر صوري على ما صورناه فيما سلف]^(٥) ومنفعة الاستقلال بالملك حاصلة بكل قسمة ، وعمل الأجبر فيها واقع لكل متقاسم^(٦) .

الفرع الثاني

المقسوم له

شرائطه

يذكر الحنفية له خمس شرائط :

الشريطة الأولى : طلب الشركاء أو بعضهم :

١٢٣ - هذه الشريطة خاصة بالقسمة القضائية . فبدون أن يتقدم واحد من الشركاء على الأقل بطلب القسمة من القاضي لا يجوز له أن يقسم ؛ لأن القسمة من القاضي تصرف في ملك الغير بغير إذنه ؛ والأصل في هذا الحظر ؛ إلا أنه رخص فيه عند طلب البعض ، دفعا للضرر الواقع عليه - بدلالة طلبه - من قبل الآبي الذي كان عليه أن يتزل تلقائيا عند أمر الشارع برفع الضرر . فلمثل هذا نصب القاضي ، كما يقضي بالشفعة لطالبها دفعا للضرر عنه - وإن كان تصرفا في ملك الغير بغير إذنه^(٧) بل الذي صرح به صاحب الدر المختار عدم صحة قسمة القاضي بدون تقدم هذا الطلب^(٨) [كأنه لأنه حكم بدون دعوى ، وإلا فتصرف الفضولي ينفذ بالاجازة ، كما سلف^(٩)]

١٢٤ - وليس في هذا نزاع عند أحد من أهل الفقه ، فيما وقع لي^(١٠) بيد أن الحنفية والمالكية ينصون على أن الطريق غير النافذ إذا طلب أحد

الفقهي ؛ إذ لا رضا أبلغ من اشتراك كل واحد بعقد على حده . ولعله لذا جزم الماوردي وغيره بما قاله الشافعي^(١١) . فاذا لم يفعلوا ذلك ، وإنما استأجره بعضهم ، فالاجارة قاصرة على المستأجر . والاجرة عليه وحده^(١٢) .

هـ - أجرة الخبير المقوم ، حين يحتاج إلى التقويم ؛ وأجرة كاتب الوثيقة ، على ما أسلفناه من الخلاف في أجرة القاسم : فمن قائل على عدد الرؤوس ، ومن قائل على قدر الانصباء^(١٣) . والذي استقر عليه مذهب الحنفية (من أقوال ثلاثة ؛ والآخرون : ١- اطلاق القول بأنها على قدر الاملاك ٢- اطلاق القول بأنها على عدد الرؤوس) أن الغرامات ان كانت لحفظ الاملاك ، فالقسمة على قدر الملك ؛ وان كانت لحفظ الأنفس ، فعلى عدد الرؤوس ؛ ويفرعون على هذا الأصل أنه لو خيف غرق ركاب السفينة فاتفقوا على إلقاء أمتعة ، فإن الغرم يكون على عدد الرؤوس ؛ وان الغرامات العامة التي تفرضها (الحكومة) على أهل ناحية مثلاً يراعى فيها هذان الاعتباران في كل حالة بحسبها^(١٤) .

١٢٢ - الشق الثاني من السؤال

وبالنسبة للشق الثاني : هل تكون الأجرة

على من طلب القسمة ومن لم يطلبها أم على من طلبها وحده ؟

هما أيضا طريقتان لأهل الفقه . يحكى الحسن ابن زياد ثانيتهما عن أبي حنيفة - وعليها بعض الشافعية - نظرا إلى أن الآبي مستضر بالقسمة ومن أجل ذلك آبي ؛ فلا معنى لإيجاب أجرة من غير منفعة . لكن الطريقة الأولى (أن الأجرة على الطالب والآبي) هي طريقة الفقهاء عامة - عدا هذه القلة القليلة . بل إنها لطريقة أبي حنيفة

(٥) (ر : ف/٤٤) .

(٦) فتح القدير ٢٥٢/٨ ، الفرشي ٤٠٢/٤ ، بلفسة السالك ٢٤٠/٢ ، مفتي المحتاج ٤١٩/٤ ، المفتي لابن قدامة ٥٠٧/١١ .

(٧) بدائع الصنائع ٢٢/٧ .

(٨) رد المحتار ١٦٦/٥ .

(٩) (ر : ف ٩٩) .

(١٠) الفرشي ٤١٢/٤ ، المهذب ٢٠٨/٢ ، مطلب اولي النهي ٥٥٥/٦ .

(١١) مفتي المحتاج ٤١٩/٤ ، المفتي لابن قدامة ٥٠٧/١١ .

(١٢) نهاية المحتاج ٢٧٠/٨ .

(١٣) الفرشي ٤٠٢/٤ ، مفتي المحتاج ٤٢٠/٤ .

(١٤) رد المحتار ١٧٨/٥ .

ما شرعت إلا لتكميل المنفعة ، وفي حالة انتفاع هذه الشرائط تكون القسمة ضررا واضحا ، فلا يليها القاضي^(٧) ،

هكذا قرره الحنفية . [ومعناه أن الضرر الذي لا يجبر معه على القسمة إذا كان راجعا إلى المرافق هو مطلق ضرر . وهو يخالف ما قرره واعتمده في غير المرافق من أنه الضرر الذي لا يخص الممتع ؛ إذ لو طبق أصلهم فاك هنا : لقليل ينظر إلى طالب القسمة فإن كانت لا تمطل مرافقه هذه بالقسمة أوجب إليها وأجبر الممتع .

ولكنهم لم يقولوا ذلك ، بل صرحوا بنقيضه أو كادوا فيما لو تمت القسمة فعلا ، ووقع الطريق أو المسيل في نصيب أحدهما ، ولم يشرط للآخر حق استعماله - فقد قالوا إذا لم يمكن هذا الآخر الاستعاضة عنه بغيره تفسخ القسمة دون نزاع^(٨) : نعم إذا وقع التراضي على ذلك فإن الحق لهما لا يعدلوهما ، فلهما ما شاءا ، ولكن لا يقع مثله من القاضي^(٩)] .

إلا أن هذا مبني على أصل تفصيله أنه إذا نص القاسم على بقاء الشركة في الطريق أو المسيل بصريح العبارة فهو نافذ ماض - سواء أمكن الاستغناء عنه أم لا ؛ لأنه أثبت فيه لكل حقه بأبلغ وجوه الإثبات ، وإذا لم تكن العبارة صريحة ، وإنما قال هذا لك بحقوقه : فإن أمكن الاستغناء عن الشركة لم تجل هذه العبارة شيئا ، ومنع من ليس الطريق أو المسيل في نصيبه من استخدامه ، تحقيقا لمعنى القسمة - الذي هو تمييز الانصباء ، على الوفاء دون اضرار بأحد ؛ وإن لم يمكن الاستغناء عن الشركة ، أفادت العبارة بقاء الشركة في الطريق أو المسيل . فإن سكت القاسم ، فخطأ تنقض به القسمة^(١٠)

الشركاء فيه قسمة ، أو طلبها جميعهم ، وهو قابل للقسمة ، فهذا طلب لغو ؛ بل ليس لهم أن يقسموه ؛ لأنه حجر على الناس في انتفاع كان لهم ، ولا أقل من أن يلجأ إليه عند ازدحام الطريق العام^(١١) وهو خلاف العدالة ، لأنه ملكهم ؛ حتى لقد اضطر المالكية - والحنفية فيما أذكر - إلى أن يناقضوا الواقع فيعبروا بأنه : كمالك بصيغة التشبيه ؛ والمشبه غير المشبه به ؛ فما الذي أخرجه عن ملكهم ؟ وقد ذكر ابن رجب الحنبلي في قواعد البديعة خلافا في مرافق الاملاك كلها : أي ملك أم اختصاص ؛ ونقل عن صاحب المغنى الجزم بأنها ملك^(١٢) وهو مذهب الشافعية فقد جزموا لها ملكا وبجواز قسمة الطريق غير النافذ^(١٣) .

الشريطة الثانية : انتفاء الضرر :

١٢٥ - وهذه أيضا من شرائط القسمة القضائية. وقد وفيناها حقها من البحث عند الكلام على القسمة القضائية^(١٤) . غير أن نظرهم إلى الضرر الذي لا بد من انتفائه بالنسبة إلى مرافق المال المقسوم تختلف عن نظرهم إلى الضرر في قسمة المال نفسه .

فمثلا : الطريق^(١٥) بين اثنين ، أو مسيل الماء كذلك ، إذا أراد أحدهما إدخاله في القسمة وأبى الآخر فإن القاضي لا يجبر على القسمة - إلا إذا كان يمكن جعله طريقين ، أو مسيلين ، أو كان يسع كلا منهما أن يتخذ لنفسه طريقا أو مسيلا خاصا ، أو يترك على الشركة : كما كان ، أو بحق المرور أو المسيل لأحدهما وملك الرقبة للآخر . ويقدم طالب لإزالة العلقه حيثما أمكن^(١٦) . ذلك أن القسمة

(١) الاتحاف بأشباه ابن نجيم ٤٣٧ ، الخروشي ٢٧٨/٤ .

(٢) ١٩٢ .

(٣) مغني المحتاج ١/١٨٤ .

(٤) ر : نف/٤١ وما بعدها .

(٥) أي دهليز الدار : بقرينة ما سلف للحنفية والمالكية في الفقرة ١٢٤ وغيرهم لاحتياج إلى هذا التفسير .

(٦) فتح القدير ٣٦٥/٨ ، ف ١٨٣/١٠

(٧) بدائع ٢٠/٧ ، ٢١ .

(٨) رد المحتار ١٧٣/٥ .

(٩) بدائع ٢٠/٧ .

(١٠) البحر الرائق ١٧٤/٨ ، العناية مع فتح القدير

٣٦٤/٨ ، تحفة السمرقندي ٢/٢٨٥ .

والتعديل ، والنصيب الذي لا طريق له لقيمة له تقريبا^(١).

١٢٧ - وقد أجاب ابن القاسم في المدونة عن مسألة تقع كثيرا وخلاصة جوابه أن الطريق المشترك يبقى مشتركا بعد القسمة ولو جُد له استطراق أكثر لمستحق جديد له طريق آخر . فقد سأله سحنون : أ رأيت لو أن دارا بين رجلين اقتسماها ؛ ولرجل في جنبهم دار لصيقة أحدهما النصيبين ، فاشتري هذا الرجل النصيب الذي هو ملاصقه ، ففتح بابا في هذا النصيب ، وأحدث المر - ممر داره - في طريق هذا النصيب ؛ فأبى عليه صاحب النصيب الآخر ذلك ؟

فأجاب : قال مالك في هذه المسألة بعينها ، ليس له أن يمنعه ، إذا كان إنما جعل في النصيب الذي اشتري ليرتقى بذلك هو ومن معه ، ممن سكن من ولده ، ويتوسع بالنصيب ، ويكون عمره فيه - وإن كان إنما أراد أن يجعلها سكة نافذة للناس ، يدخلون من باب داره ، فيخرجون إلى النصيب ، ويمرون في النصيب إلى مخرج النصيب ، حتى يتخذ ممرًا ، شبه الممر في الزقاق ، فليس له ذلك .

فعاد سحنون يسأله : أ رأيت إن أسكن معه غيره ، أو أجر الدار ، أ يكون لهم أن يمرروا في النصيب ، كما كان ؟

فأجاب ابن القاسم : نعم . وإنما رأيت من كراهة مالك أن يجعلها سكة نافذة فقط^(٢).

لكن خالف الحنفية في الجزئية الأخيرة إذ منعوا مرور غير صاحب الدار وأهله^(٣).

من أمثلة الضرر

١٢٨ - ومن أمثلة الضرر المانع من قسمة الاجبار التي ضربها الحنفية :

- (٤) قواعده ابن رجب ٤١٦ ، مطالب اولى القهى ٦/٥٦٥ ، الانصاف ١١/٣١٧ ، الحنفى لابن قدامة ١١/٥١٤ ، ١٥٠
- (٥) المدونة الكبرى ١٢/٢٢٨ .
- (٦) البدائع ٧/٧٩ .

والذي ذكره الحاكم الشهيد أن الحقوق لا تحتاج إلى تنصيب على بقاء الشركة فيها ، كما لا يحتاج دخولها في الاجارة إلى تنصيب^(١).

١٢٦ - والذي قرره الحاكم الشهيد هو ما عليه عامة الفقهاء القائلين بأن القسمة بيع . وإذن فلا معنى للتفريق بين التنصيب الصريح وغير الصريح على بقاء المرافق مشتركة وهذا هو معنى قولهم : « أن الحقوق تدخل في القسمة » أي أن كل واحد من المتقاسمين يملك نصيبه بحقوقه ، كالبيع تستتبع فيه الدار طريقها - ما لم يشترط خلافه ، إذ « الشرط أمثلك » والمؤمنون عند شروطهم^(٢) إلا أنه إذا اقترن شرط الحرمان من المرفق بتعذر الحصول عليه من ناحية أخرى فهنا يطلق المالكية القول ببطلان القسمة ، سواء أكانت قسمة اجبار أم تراض ؛ ولا يذهبون إلى بطلان الشرط ، وصحة القسمة ؛ ذهابا إلى أن القسمة أضيق من البيع ؛ ولذا يشترط فيها ما لا يشترط في البيع من اتحاد الجنس والتساوي في القيم . قالوا وللشرط قسط من المقسوم ، فلو صحت القسمة دونه دخلها الفين : إلا أن يكون ثم شرطان فاسدان متعادلان ومتقابلان فقد يمكن حينئذ القول ببطلان الشرط وصحة القسمة^(٣).

ولذا لما اختلفت كلمة الحنابلة في القسمة يقع بها الطريق في أحد النصيبين ، وليس للآخر سواء ، بين مطلق القول ببطلان القسمة ، ومصحح لها مع بقاء الطريق مشتركة ، قال ابن رجب في قواعده : ويتجه أن يقال : إن قلنا القسمة افراز بطلت ؛ وإن قلنا بيع صحت ، ولزم الشريك تمكينه من الاستطراق ؛ ولم يبال باعتمادهم اطلاق البطلان ، وتعليهم آياه بأن القسمة تقتضي

(١) الكفاية مع فتح القدير ٨/٣٦٥ .

(٢) عند أبي داود والحاكم من حديث داود بن رباح عن أبي هريرة ، نسخة ابن حزم ، وعبد الحق وحسنه الترمذي .

(٣) لقنه صحيح معنى على كل حال (تلخيص الصبى ٢٢/٢) .

(٤) الفرسى ٩/٤٠٩ .

طلع^(١) بين اثنين تراد قسمته دون النخل والأرض^(٢).

وقد نص المالكية على بطلان هذه الصور كلها إلا بشرط القطع فيما لم يبد صلاحه^(٣) ولكنهم لم يتعرضوا لقضية الاجبار ، ومنعه في قسمة الضرر - بل مطلق الضرر - من أصولهم المقررة^(٤) وقد علمنا فيما سلف^(٥) رأي الشافعية والحنابلة في صحة القسمة في هذه الصور أو عدم صحتها بالنسبة للزراع : وانه لا تصح قسمة ما بدا صلاحه ولا ما لم يبد صلاحه عند الشافعية لمكان الجهالة ؛ وان الحنابلة يوافقون فيما بدا صلاحه ، ويخالفون فيما لم يبد أو كان بقلا - إذ يميزون قسمته تراضيا لا اجبارا .

أما بالنسبة لقسمة الطلع ، فلا خلاف أنه يتمتع الاجبار عليها لمكان الضرر عند القائلين بهذا الأصل : امتناع الاجبار للضرر .

الشريطة الثالثة

١٢٩ - البينة على إرث العقار المدعى إرثه : وهي من الشروط الخاصة بالقسمة القضائية ، ومن وجهة نظر أبي حنيفة دون صاحبيه : إلا أن يكون في الورثة غائب لا وكيل له أو صغير لا ولي له ، وفي يد الغائب أو الصغير أو أمينه كوديع أكثر من نصيبه ، فان القسمة تمتنع حيثئذ ، ما دامت الحالة كذلك ولو أقيمت البينة ؛ بلا خلاف بين الامام وصاحبيه - على رواية الجامع الصغير ، وهي التي اقتصر عليها القلوري وصاحبها صاحب الهداية - لأنها تتضمن قضاء على الغائب والصغير باخراج شيء

أ - إذا أعار رجل أرضه ، أو أجرها ، لاثنتين لينبأ بها داراً مثلاً ثم غاب صاحب الأرض ، وأراد أحد الرجلين أن يقسما البناء ، فانه لا يجاب إلى ذلك قضاء ؛ لأن الأرض بعد القسمة تكون باقية بينهما على الشيوع الأول ، فينتفع كل بحق صاحبه ؛ وهذا ضرر لا يدخل فيه القضاء .

أما إذا تراضيا على القسمة ، أو حتى على الهدم واقتسام الانتفاض والمحتويات ، فذلك لهما^(٦).

[وهذا يتمشى مع أصول غير الخفية - عدا القائلين بأن الضرر لا يمنع الاجبار على القسمة ، كبعض الشافعية] .

ب - زرع بين رجلين في أرض بأيديهما بطريق الاجارة أو الاعارة ، وطلب أحدهما قسمة الزرع ؛ أو كانت الأرض ملكا لهما وطلب أحدهما قسمة الزرع دون الأرض ؛ لا يجيبه القاضي . لأن الزرع ان كان قد بدا صلاحه وسنبل ؛ فان قسمته تمتنع للجهل بالتمائل في بيع الربوي بمثله ، إذ كانت القسمة في معنى البيع ؛ وان كان بقلاً حقيقة كالكرات ونحوه ، أو حكماً لأنه - وان كان حبا - لم يزل قصيلاً لم يبد صلاحه ، فان صحة قسمته تنوقف على شرط قطعه ، وهو ضرر لكلا الشريكين ، لا يدخل فيه القضاء . فان قسمه بهذا الشرط على التراضي بينهما ، فذلك لهما ، وقد رضا بضرر أنفسهما ثم ان تراضيا بعد القسمة على ترك الزرع إلى أن يدرك ، فلا بأس ، لأنه انتفاع بحق الغير بأذنه . أما أن يشترط ذلك في القسمة اشتراطاً ، فمعناه اشتراط انتفاع كل منهما بحق شريكه ، لأن الأرض أو منفعتها مشتركة بينهما على الشيوع ، وذلك يفسد القسمة ؛ كما لو وقع نظيره في البيع ، فانه يفسده . وبمثل ذلك كله يقال في

(١) في الصباح : الطلع بفتح ميم طلع من النخلة ، ثم يصير ثمرا ان كانت اثنى ، وان كانت النخلة ذكرا لم يصير ثمرا بل يؤكل طريا ، ويترك على النخلة اياما مطومة حتى يصير فيه شيء ابيض ، مثل الحقيق ، وله رائحة لكية ، فيلقح به الاثنى .

(٢) بدائع الصنائع ٢٠/٧

(٣) الفرشي ٢٠/٧

(٤) [ر : ٦٥/٢]

(٥) [ر : ف ٢٢/٢٢]

(٦) بدائع الصنائع ٢٠/٧

مدعى ومدعى عليه ، باعتبار واحد في وقت واحد^(١).

وفي الذخيرة مثله . ولكنها حكمت عن أبي يوسف رواية أخرى أن القاضي يقسم مطلقا ، إلا أنه في حالة ما إذا كان الحاضر من الورثة واحداً فحسب ، يقيم عن الغائب خصماً ، ويسمى البيعة ، ثم يقسم بعد ذلك . وقد أشاروا إلى أن وجه هذه الرواية هو القياس على ما إذا ادعى أجنبي ديناً على الميت ، وليس للميت وارث ولا وصي ؛ إذ كان مسلماً أن القاضي يقيم هناك عن الميت وصياً - فليكن كذلك هنا . ولكنهم ردوه بأن تلك دعوى على الميت وحده ؛ والدعوى هنا مزدوجة : فهي دعوى على الميت ، اعتباراً ما بقي له في التركة من حكم الملك ؛ ودعوى على الغائب من الشركاء ، باعتبار ماله من حق الانتفاع بنصيب الطالب بحكم الشيوخ - إذ القسمة إبطال لهذا وذاك . فإذا ساغ للقاضي أن ينصب الوصي بالاعتبار الأول ، لم يسغ بالاعتبار الثاني ؛ والحال مقدم^(٢).

١٣٢ - فيما عدا هذا الاستثناء يشجر النزاع بين الامام وصاحبيه في اثبات هذه الشريعة ونفيها : إذ يشتها الامام وينفيها الصاحبان . فعنده لا يقسم القاضي حتى تقيم الورثة البيعة على موت المورث ، وسبب الوراثة (في رأي) ، وعدد الورثة^(٣). وعندهما يقسم بمجرد اقرارهم ، ويشهد على ذلك في الصك ، أي كتاب القسمة (محضرها أو سجلها) أي يشهد على أنه انما قسم باقرارهم ، ولم يقض على أحد سواهم ، لئلا يتعدى أثر الحكم إلى غيرهم . وعلى كل حال إذا كان في الورثة غائب لا وكيل له أو صغير لا ولي له (وليس بيده أكثر من نصيبه) فإن القاضي بلا خلاف يقيم وكيلاً أو وصياً من أهل الأمانة يتولى قبض النصيب وحفظه^(٤).

من يده ، دون أن يكون عنه خصم حاضر ؛ وإن كان أمينه حاضراً ، لأن أمين الخصم ليس خصماً فيما يستحق عليه ؛ والقضاء من غير خصم لا يجوز . أما على رواية المبسوط ، فإن القاضي يقسم إذا طلبت القسمة بشرائط الاجبار ، لكن بعد إقامة البيعة على الميراث وعدد الورثة اتفاقاً أيضاً ؛ إذ تثبت بها ولاية القاضي في التركة ، والورثة يخلفون الميت في الميراث - ولذا يردون بالعيب ويرد عليهم ما اشتراه أو باعه - فينتصبون خصماً عنه ، ويخاصم بعضهم عن بعض . وإلا فقلما تقسم تركة ، لأن الورثة يكثررون ، وقلما يحضرون مكتملين ؛ وهذا ضرر بالغ لا يقره الاسلام^(٥).

لكن هل يقسم القاضي حيث^(٦) بالبينة مطلقاً ؟ أم هناك قيود وتفصيلات ؟

الذي قرره صاحب البدائع - وهو ظاهر الرواية - انه يفرق بين حالتين :

١٣٠ - الحالة الأولى : أن يحضر من الورثة اثنان فصاعداً .

ولو كان أحدهما صغيراً ، وبعد الوصي له كوارث ، وقيم البيعة على الوصية له^(٧). وفي هذه الحالة يقسم القاضي بعد إقامة البيعة ، وبعد أن ينصب عن الصغير وصياً - إن كان هو أحد الاثنين اللذين لم يحضر سواهما ؛ لأن الاثنين يمكن جعل أحدهما خصماً تقام عليه البيعة والآخر مدعى يقضي له بها . ثم يجعل القاضي نصيب كل من الصغير والغائب عند الوصي أو الوكيل الذي يقيمه من أهل الأمانة .

١٣١ - الحالة الثانية : أن يحضر واحد من الورثة لا غير :

وفي هذه الحالة ليس للقاضي أن يجيب إلى طلب القسمة . لأن الواحد لا يمكن أن يكون

(١) بدائع الصنائع ٢٢/٧

(٢) التعلية مع فتح القدير ٢٥٦/٨

(٣) رد المحتار ١٧/٥

(٤) فتح القدير ٢٥٥/٨

(١) فتح القدير ٢٥٦/٨ ، بدائع الصنائع ٢٢/٧

(٢) إذا جئنا على رواية المبسوط

(٣) بدائع الصنائع ٢٤/٧

وتلزم الاجابة إليها لكان ثم منكر - لأنها تحتاج إلى من تقام عليه ، ولا تقام إلا على منكر - والتالي باطل ، إذ الفرض أن جميع الورثة مقرون . ولكنهم منعوا الملازمة بمنع دليلها : وقالوا إن البينة تقام هنا من بعض الورثة على بعض وإن كانوا مقرين ، فليس حتما في كل موضع يحتاج إلى بينة أن يكون ثم منكر ، إذ لا ينزع الصاحبان أن الوارث أو الوصي إذا أقر بدين على الميت لا يقضي به إلا ببينة ، ولا منكر . لكن لا يخفى أن هناك غير مقر في هذا السند وهم الورثة أو بقيتهم ، وربما يكون ثم دائنون^(٥) .

١٢٥ - موضع الخلاف بين الامام وصاحبه هو العقار يدعي ملكه بطريق الإرث - كما ترجمناه^(٦) وبعبارة أخرى فرض مسألة الخلاف أن الشركاء ادعوا عند القاضي ملك مال بأيديهم ، وبينوا سبب الملك بأنه الإرث ، وكان هذا المال عقارا لا منقولاً ، وطلبوا من القاضي القسمة . ومعنى ذلك انه إذا كان الامام وصاحبه قد اختلفوا هنا في موضع ، فانه لا خلاف بينهم في أربعة مواضع :

١٢٦ - **الموضع الأول** : أن لا يدعي الشركاء

الملك بل مجرد اليد :
فاذا أقاموا البينة على أن العقار بأيديهم ، وطلبوا القاضي بقسمة بينهم ، فإن القاضي لا يجيبهم حتى يقيموا البينة على الملك أيضا . ذلك أن الأصل في الأملاك أن تكون بيد الملاك ، فاذا ثبتت اليد فقد سلم هذا الأصل ، ثم إذا انضم إليه ادعاء الملك^(٧) منذ البدء اضمحل احتمال كون العقار للغير حتى لا اعتداد به ، لأنه احتمال بغير دليل ، ويكفي

١٢٣ - ومن حجة الامام : القياس على دعوى الاستحقاق على الميت . يجمع أن في قضاء القاضي بكلّ ابطالاً لحق الميت - إذ التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملكه ، بدليل أن الزوائد الحادثة قبل القسمة تحدث على ملكه ، فتقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه ؛ واقرار الورثة ليس حجة عليه ، فلا بد من البينة^(٨) .

وسباني للصاحبين نقضه في ضمن دليل الخلف ؛ مع بقية معارضتهم له .

١٢٤ - **ومن حجة الصاحبين** :

أولا - القياس على المنقول ، إذ لا خلاف أن القاضي يقسمه بمجرد اقرار الورثة بإرثه ، يجمع أن قسمة كلّ منهما صادفت محلها الصحيح ، وهو الملك المشترك الثابت دون تهمة أو منازع - وهذا متحقق في كلا الموضعين (المقيس والمقيس عليه) لأن اليد دليل الملك ظاهرا ، والاقرار يجافي تهمة انتفائه ، والفرض أن لا منازع .

وقد أجابوا عن أبي حنيفة ، بأنه قياس مع الفارق . لأن المنقول يخشى عليه التلف ، فيحتاج إلى الحفظ ، والقسمة نوع منه ، ولا كذلك العقار إذ هو محفوظ بنفسه^(٩) .

ثانيا - القياس على العقار غير الموروث كالعقار المشتري ، بنفس الجامع الآنف الذكر . وردوه عن أبي حنيفة بأن القسمة تبطل حق الميت كما تبين^(١٠) ولا تبطل حق البائع ، إذ لا حق له في المبيع بعد تسليمه ؛ فهو قياس مع الفارق : صادفت القسمة في المقيس عليه محلها فصحت ، ولا كذلك هي في جانب المقيس^(١١) .

ثالثا - وهو دليل خلف : أي ثبات الدعوى باطلال نقيضها : لو احتيج إلى بينة لتصح القسمة

(١) فتح القدير ٢٥٢/٨ ، ٢٥٢ ، بدائع الصنائع ٢٢/٧ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٢/٧ رد المحتار ١٦٩/٥ ، زادوا سلكه غير مسلم من قبل الصاحبين - ان المنقول يصير مضمونا بعد القسمة على قسمة يظلال العقار (فتح القدير ٢٥٤/٨)

(٣) (ر : ف ١٢٢) .

(٤) بدائع الصنائع ٢٢/٧ ، فتح القدير ٢٥٤/٨

(٥) بدائع الصنائع ٢٢/٧ ، الضنية مع فتح القدير ٢٥٢/٨ ، ٢٥٤ .

(٦) (ر : ف ١٢٩) .

(٧) أي بغير الميراث عند أبي حنيفة ، كما علم مما مضى

(ر : ف ١٢٩)

بـ أن يشهد في صك القسمة على واقع الحال من انه انما قسم باقرارهم ، وانه لم يقض على أحد سواهم^(٤٤).

١٣٩ - الموضع الثالث : أن يبينوا سبب الملك بغير الميراث : كأن ذكروا انه انتقل إليهم بطريق الشراء . وهنا أيضا يقسم القاضي بينهم - بشرطة ألا يكون فيهم كبير غائب - اتفاقا على ظاهر الرواية عن أبي حنيفة ، دون حاجة إلى بينة . سواء أكان المال منقولاً أم عقاراً . وان كان قد روى عن أبي حنيفة أنه لا يقسم العقار إلا بينة - لأنهم أقرروا بملك البائع وادعوا الشراء : فالأقرار يسلم ، والدعوى تحتاج إلى بينة . وقد فرق أبو حنيفة في ظاهر الرواية بين الإرث والشراء ، بأن القسمة تبطل حق الميت ، ولا تبطل حق البائع ، إذ لا حق له في المبيع بعد تسليمه^(٤٥).

١٣٩ - الموضع الرابع : أن يبينوا سبب الملك بالميراث في المنقول^(٤٦) :

وهنا لا تطلب منهم البينة بلا نزاع . أما عند الصاحبين فلما سلف^(٤٧) وأما عند أبي حنيفة ، فلحاجة المنقول إلى الحفظ .

وقد عرفنا أن الورثة يخاصم بعضهم عن بعض ، فيكفي حضور اثنين يكون أحدهما خصماً عن الميت أي مدعى عليه ، ويكون الآخر خصماً عن نفسه وعن بقية الورثة أي مدعياً . فلا يضير حيثن أن يكون ثم غائب كبير بعد حضور اثنين ، بل لا يضير أن يكون أحد الاثنين الحاضرين صغيراً ينوب عنه وليه أو الوصي الذي

أن الدعوى يعصدها الظاهر فتقبل مجردة من غير حاجة إلى بينة الملك نفسه .

أما إذا فقدت هذه الضميمة ، ولم يتعرض الشركاء للملك بادعاء منذ بداية الدعوى ، فإن مجرد ترك هذا التعرض ، مع العلم بأن قسمة العقار لا تكون إلا بالملك^(٤٨) ، يثير التهمة ، فيقوى احتمال كون الملك للغير ، وإن المال بأيديهم لسبب آخر كعارية أو إجارة - ولذا فليس للقاضي أن يقسم بينهم حيثن حتى يقيموا بينة الملك أيضاً . وليس يجديهم أن يعودوا فيدعوا الملك بعد أن كانت دعواهم خلوا منه ، فقد ثارت التهمة وقضي الأمر^(٤٩).

١٣٧ - الموضع الثاني : أن يدعي الشركاء مطلق الملك : لما بأيديهم - سواء أكان منقولاً أم عقاراً - ولا يذكروا أنه كان لغيرهم وانتقل إليهم بسبب ما . وهنا يقسم القاضي بينهم بناء على طلبهم وبمجرد اقرارهم بالملك ، دون حاجة إلى بينة بثبوته ؛ لأنه باجتماع اليد والقرار بالملك وعدم المنازع يتوفر للقسمة محلها الصحيح ؛ ثم أنها حيثن لا تتضمن قضاء على أحد آخر إذ المفروض أن ليس ثم اقرار بانتقال الملك عن الغير ، مع ملاحظة أن على القاضي هنا أمرين : أ - التثبت من أنه ليس بين الشركاء كبير غائب ، لأن غيره لا ينوب عنه في هذا الموضع ، ولو القاضي نفسه^(٥٠).

(١) عبارة العتبية بلخسة : « قسمة لمنك الملك لتكيبيل القسمة ، لا لمنك اليد من أجل الحفظ والصيانة ، لاستثناء العقار من ذلك » والشق الثاني في كلامه يشير بأنه لو كان المال منقولاً لكفى ثبوت اليد عليه ليجب للقاضي إلى قسمته ، دون حاجة إلى دعوى الكفاية . وقد حاولت العثور على نص صريح في الذهاب فلم أجده إلا أن قول العتبية أن اليد تصلح حجة للدفع لا للاستحقاق قد يشير إلى عكسه .

(٢) نتائج الأفكار ٢٥٥/٨ .

(٣) هل يقيد هذا بمقتضى من الدر المختار وهو انه (ر : ف ١٩٩) أم وجه الجميع ما يأتي في الفقرة ١٤٢ أرقامها

(٤) فتح القدير ٢٥٤/٨ ، بدائع الصنائع ٢٢/٧ ، ٢٢ .

(٥) بدائع الصنائع ٢٢/٧ .

(٦) منه البناء والشجر (رد المحتار : ١٦٩/٥) .

(٧) (ر : ف ١٣٤) .

وشراؤه واجارته واستجاره ، فكذلك قسمته - وان كانت حكما ، لأن القاضي سيثبت في سجل القسمة انه انما قسم باقرار الشركاء ، وان كل ذي حجة على حجته^(٧).

ينصبه القاضي عنه^(١) ثم يحفظ القاضي نصيب الغائب عند أمين^(٢).

المذاهب الأخرى

الشريعة الرابعة : رضا الشركاء أو من يقوم مقامهم

١٤١ - وهذه شريعة خاصة بقسمة التراضي ؛ لأن معنى البيع فيها أظهر ، وانما البيع عن تراض . فاذا كان الشركاء نافذ في التصرف اعتبر رضاهم أنفسهم ، لأنهم أهله ، ووكيل الغائب يغني عنه . وان كانوا محجورين ، فرضا الولي أو الوصي بشريطة أن تكون القسمة في مصلحتهم ، لأنهما يملكان البيع فيملكان القسمة . فان لم يكن ولي ولا وصي ، أقام القاضي وصيا لأجل توفير هذه الشريعة . فان امتنع ولي أو وصي أو شريك ما ، فالقاضي يعطي كل ذي حق حقه فيقسم إذا طلبت منه القسمة ، مع توفر شرائط الاجبار . ومعلوم أن الاجازة تقوم مقام الرضا ، على ما فيها من خلاف مشهور^(٨).

وهذا في جملة مما لا خلاف فيه^(٩). إلا أنه تبرز في تفاصيله بعض الخلافات أو الزيادات اليسيرة : فشريعة أن تكون القسمة في مصلحة المحجور ، لم يعتبرها الشافعية إلا عندما يكون ولي المحجور هو الذي بدأ بطلب القسمة . أما حين يطلبها غيره فان عليه أن يجيب ، ولو لم تكن القسمة كذلك ، وكفى أنها بطبيعتها صلاح لا شك فيه من قبل الاستقلال بالتصرف بعدها^(١٠).

أما المالكية فقد اعتبروا هذه الشريعة (كون القسمة في مصلحة المحجور) بل وكلوا تقديرها إلى القاضي بالنسبة للصغار : فيرفع إليه الوصي الأمر وهو يرى الأصلح فيشير على الوصي

١٤٠ - لا توجد هذه التفصيلات والتشقيقات العديدة عند أحد من فقهاء المذاهب الأخرى . بل منهم من يطلق القول باشتراط البيئة : وهؤلاء هم المالكية وجماهير الشافعية ؛ لأن القسمة حكم بثبوت الملك ، واليد لا تثبت - انما تثبت التصرف - فيحتاج إلى البيئة ، وان لم يكن ثم منازع . واعتلوا عن هذا قائلين : وتسمع البيئة هنا مع علم سبق دعوى لمكان الحاجة ، وحیطة للحقوق ، لئلا يدعى الملك بسبب قسمة القاضي ، لو قسم بمجرد الدعوى^(١). وينص المالكية على تفاصيل الشهادة المطلوبة في حالة الميراث : فلا بد من اثبات موت المورث ، وملكه للمقسم إلى أن مات ، وسبب الوراثة^(٢) وعلى أن اقرار المدين كاف^(٣) ومنهم من يطلق القول بعدم اشتراطها ما دام الفرض أن طلب القسمة متفق عليه بين جميع الشركاء - أما عند امتناع بعضهم من القسمة فلا بد من البيئة على أن المال ملك مشترك لهم جميعا ؛ لأن القسمة حيث تحكم على الممتنع^(٤) : وهؤلاء هم الحنابلة ، وبعض الشافعية كإمام الحرمين ، فعند هؤلاء تكفي اليد ، دون حاجة إلى بيئة ليكون للقاضي أن يقسم ، إذا طلبت إليه القسمة ؛ لأنها دليل الملك ظاهرا ولا منازع ؛ ولذا يجوز بمقتضاها التصرف في المال وبيعه

(١) تصحيح الدعوى يتوقف على حضور اثنين : فلا يكفي حضور واحد والاثابة من الآخر . فاذا صحت بحضور اثنين ، فإن الاثابة تكون لمجرد القبض (رد المحتار ١٧٠/هـ)

(٢) بدائع الصلح ٢٤/٧ ، فتح القدير ٢٥٥/٨ .

(٣) نهاية المحتاج ٢٧٧/٨ ، مغني المحتاج ٤٢٦/٤ ، التجريد المتبد ٣٧٢/٤ ، ٣٧٤ .

(٤) التحفة وهواشيها ٧٢/٢ .

(٥) الفرضي ٤٠٤/٤ .

(٦) الشرح الكبير ٥٠١/١١ .

(٧) المغني لابن قدامة ٤٨٩/١١ ، التجريد المتبد ٣٧٢/٤

(٨) بدائع الصلح ٢٢/٧ ، [ر : ف / ٩٩]

(٩) الفرضي ٤٠١/٤ ، مغني المحتاج ٤٢٤/٤ ، مطلب اولي

التهي ٥٤٩/٦ ، ٥٥٠ .

(١٠) الرشدي على نهاية المحتاج ٣٦٩/٨ .

الصاحبين قياساً على الوكيل : هذا في وصي الأب .
أما وصي القاضي ، فلا ، على كل حال ، لأنه
وكيل^(٩) كما أن منهم من يمنعه في العقارب اطلاق^(١٠)
وعبرة الأشباه مطلقة هكذا : « وقسمة الوصي
ما لا مشتركاً بينه وبين الصغير ، تجوز ان كان
فيها نفع ظاهر عند أبي حنيفة ، خلافاً لمحمد .
كذا في القنية^(١١) .

١٤٢ - وإذا لم يكن للغائب وكيل ، فقد نص
المالكية ، والشافعية^(١٢) والحنابلة^(١٣) على أن القاضي
يقسم عنه ، ولو قربت غيبته . وإن كان من
المالكية من يقول تنتظر عودته ، ان لم يكن بمكان
بعيد عرفاً^(١٤) وهو خلاف ما عليه الحنفية من أن
القاضي لا يقسم عن الغائب^(١٥) ، ولو بعدت
غيبته - وإن كانت قسمته عنه لا تنقض عند
الحنفية ، لأنها في محل الاجتهاد^(١٦) .

كما انه إذا لم يكن ولي القاصر حاضراً ، فإن
الحاكم يقوم مقامه ، بسبب غيبته على أحد الوجهين
عند الحنابلة ، وذكروا أنه الصواب^(١٧) . وهي
عبرة المالكية ومقصودهم ما يشمل إقامة وصي عليه ،
من قبل القاضي كما عبر الحنفية^(١٨) ، ويزيدون أنه إذا
لم يكن حاكم ، فجماعة المسلمين من أهل البلد^(١٩)
ويجيء مثل هذا أيضاً إذا لم يكن للغائب وكيل .

بتنفيذه : قسمة أولاً قسمة^(٢٠) وكل ما شرطه الحنابلة
عدم الغبن أو المحاباة . وعبارتهم : « من غير
زيادة في العوض^(٢١) » وهذا هو المفهوم من عبارة
صاحبي الهداية والعناية من الحنفية في قسمة القاضي
عن القاصر والغائب إذ يقولان : « لأن فيها
نظراً للغائب والصبي ، لظهور نصيهما مما في
يد الغير^(٢٢) » فلم يعتبروا مصلحة زائدة] .

لكن نص الشافعية على أن الولي لا يقاسم
المحجور لنفسه لكان التهمة : سواء أكانت القسمة
بيعاً أم محض تمييز حقوق^(٢٣) وهو الذي جرى عليه
خليل من المالكية وشهره في الوصي ، تبعاً لوصايا
الدنونة ، فيلجأ إلى القاضي ليقسم هو ، وإلا
فلا قسمة - اللهم إلا إذا انتفت التهمة بأن
جمع النصيبين (نصيبه ونصيب المحجور) معاً
على الشيوع عندما يكون ثم شريك آخر أو
أكثر وهذا استثناء نص عليه المالكية^(٢٤) ،
[وأصول الشافعية تقتضيه ، كما قالوه في أحد
الشركاء إذا وكله شريك آخر في القسمة عنه^(٢٥)] .

نعم زعم ابن العربي والقرطبي أن المشهور
عند المالكية أن للوصي أن يقاسم محجوره مطلقاً
بشريطة ألا يحابي نفسه^(٢٦) .

وفي كلام الحنفية ما يفيد جواز مقاسمة الأب
محجوره استحساناً لا قياساً ، لتصريحهم بمثل
ذلك في البيع^(٢٧) وجواز مقاسمة الوصي إياه عند
أبي حنيفة حيث كان للمحجور نفع ، لا عند

(٩) مجمع الأنهر ٢/٧٢٥ .

(١٠) در الخلفي ٢/٧٢٦ .

(١١) الاتحاف بنسبته ابن نجيم ٢٧ .

(١٢) نهاية المحتاج ٨/٣٦٩ .

(١٣) الانصاف ١١/٢٤٥ .

(١٤) بلفظ السالك ٢/٢٤٥ .

(١٥) إلا في الميراث عند الحنفية كما سلف (ر : ف ١٢ ،

١٣٩ ، ١٤١) .

(١٦) بدائع الصنائع ٧/٢٢٢ .

(١٧) الانصاف ١١/٢٤٥ .

(١٨) هناك حالة يشترط فيها الحنفية حضور الصغير

لتصح إقامة وصي عنه وهي حالة ما إذا كان تصحيح

الدعوى يتوقف عليه (التكملة مع فتح القدير ٨/٢٥٧)

(ر : ف ١٣٩) .

(١٩) بلفظ السالك ٢/٢٤٥ .

(١) الفرضي ٤/٤١٧ .

(٢) المغني لابن قدامة ١١/٥١٥ .

(٣) فتح القدير ٨/٢٥٥ .

(٤) مغني المحتاج ٤/٤٣٦ .

(٥) ويؤيده بقسمة النزاعي إذ هي التي يجوز عندهم فيها

الجمع بين حظين ولا يلتفت أحد إلى هذا التيد .

(٦) مغني المحتاج ٤/٤١٨ .

(٧) التحفة وهو اشبهها ٢/٧٢٢ .

(٨) البحر الرائق ٨/٥٢٧ .

قبل عندهم وعند الحائبة - ولم يمتدوه - لا بد أن يكون هذا التراضي بلفظ البيع أو التملك . أما في قسمة الإفرز (قسمة التشابهات) فالمرجح فيها عند الشافعية أنها محض تمييز حقوق ، وكان مقتضى هذا أن يستغنى فيها عن إعادة التراضي بعد خروج القرعة ؛ ولكنهم طردوا الباب على وتيرة واحدة ، كما يقولون ، واشتروا فيها ما اشترطوا في غيرها من تكرار التراضي^(١) .

١٤٦ - ويوافق الحائبة على ضرورة هذا التكرار في حالة واحدة وهي ما إذا قسم الشركاء لأنفسهم وأجروا القرعة ؛ لأنه إذن لا حاكم بينهم ولا من يقوم مقامه - ومن ذلك ما إذا كان القاسم الذي نصبوه هم أنفسهم ليقسم بينهم غير مستوف لشروط قاسم الحاكم ، تنزيلا لوجوده حيثئذ منزلة العدم . أما إذا كان على العكس من ذلك ، أي مستوفيا لشروط قاسم الحاكم ، فإنه يعتبر عندهم كالحاكم وتلزم قسمة بمجرد قرعته دون حاجة إلى مزيد تراض^(٢) .

الشريعة الخامسة :

حضور الشركاء أو من ينوب منابهم^(٣)

١٤٧ - وهذه شريعة عامة ، تراعى في قسمة الاجبار ، كما تراعى في قسمة التراضي . وقد عرفنا في الشريعة الرابعة من هم الذين يقومون مقام الشركاء . إلا أن الحنفية - وصيغة هذه الشريعة مستقاة منهم - لا يعتبرون القاضي ممن يقوم مقام الغائب الكبير ؛ ولذا يصرحون بأنه إذا كان في الشركاء بغير ميراث^(٤) غائب كبير لا وكيل له لا يقسم القاضي ولا

١٤٣ - ومن أهم ما نبه عليه المالكية :
١ - أن ملتقط الصغير كوله ، ما دام في كنفه .

٢ - وإن صاحب الشرطة لا يقسم عن أحد : صغيرا كان أم كبيرا ، غائبا أم حاضرا - إلا إذا أمره القاضي ، فإنه إذن يكون نائبا عنه . نعم يرى ابن حبيب منهم أن له أن يقاسم عن الصغير - إن كان عدلا^(١) وهذا يوجد في كلام الحنفية أيضا بصورة جملة^(٢) .

٣ - وأن الوصاية الحكمية - أعني التي يقضي بها العرف الجاري : مثل أن كبير الأخوة أو العم يقوم مقام الأب - كالحقيقية^(٣) .

١٤٤ - ولكن هل يكفي الرضا مرة واحدة أم أنه قد يحتاج إلى تكرار ؟ يقول الشافعية إن التراضي المطلوب لتصح قسمة التراضي يكفي تحققة مرة واحدة إذا لم تستخدم القرعة في توزيع الأنصبة : كأن اتفق الشريكان على أن يأخذ أحدهما هذا الجانب ، والآخر الجانب الآخر ؛ دون عوض من خارج (معلل) أو معه إذا اقتضى الأمر في مقابل زيادة إن كانت .

أما إذا استخدمت القرعة فقد ضعفوا رأيا عندهم يطرد القول بالاكتفاء بالتراضي مرة واحدة ، واعتمدوا أنه لا بد من التراضي مرة أخرى بعد خروج القرعة وبعبارة صريحة كأن يقولوا : رضينا بما أخرجته القرعة ، أو رضينا بهذه القسمة ، أو بهذا ؛ لأن الرضا أمر خفي فكان لا بد أن يناط بأمر ظاهر يدل عليه .

١٤٥ - [وهذا بين بنفسه حيث تكون القسمة من قبيل البيع - كما في قسمة الرد ؛ وكما هو المختار في قسمة التعديل - لأن البيع لا يحصل بالقرعة فيحتاج إلى التراضي بعدها ؛ بل لقد

(١) مضي المحتاج ٢٤/١ ، نهابة المحتاج ٢٧٥/٨ ، التجريد المختار ٣٧٢/١ ، القواعد لابن رجب ١٢٠ .

(٢) المضي لابن قدامة ٥٠٦/١١ .

(٣) كان ينبغي أن يضاف أو اجازتهم بالنسبة لقسمة التراضي بمعاملة المعتبري الاجازة ومنهم الحنفية أنفسهم (ر : ف ٩٩ ، ١٥١) .

(٤) تقدم أنه في الميراث يخافم الورثة بعضهم عن بعض فيكفي حضور اثنين منهم ويكون بمثابة حضور الجميع بالنسبة لتصح الدعوى ثم يقسم القاضي (ر : ف ١٢٠ ، ١٢١ ، ١٢٩) .

(١) الخروشي ١٧/١ .

(٢) البحر الرائق ١٧٠/٨ .

(٣) بركة السلك ٢٢٥/٢ .

تراضياً ولا إجباراً . وهذه الشريعة ذكرها الحنفية والشافعية ومالئهم في اعتبارها الحنابلة فجزوا قسمة الدين باطلاق . وكذلك المالكية ، إلا أنهم إنما يجوزون قسمة الدين الواحد تراضياً لا إجباراً ، لأنه لا تصور فيه القرعة : كذا قالوا . [والفهوم من مقابلته عندهم يمنع قسمة الديون في الذمم المتعددة - أو كما يقولون : « قسمة الدينين » ، لأنه أدق في مقصودهم ، على تساهل فيه - أن الديون في الذمة تقسم . وإذن لا يسلم لهم عدم تصور القرعة^(١٥)] .

١٥٠ - الشريعة التاسعة : أن يكون المال المشترك قابلاً للقسمة :

وهذه الشريعة متفق عليها بين الذين يشترطون انتفاء الضرر في قسمة الاجبار ، وقد عرفناهم فيما سلف^(١٦) فإن انتفاء الضرر في القسمة هو معنى قابلية عملها لها . إلا أنه ينبغي التنبه هنا إلى أن من أهل الفقه من يقصر هذه الشريعة على قسمة الاجبار ، ولا يرى بأساً من حيث الصحة بتراضي الشركاء على أية قسمة ضارة : وهؤلاء هم الحنفية والشافعية والحنابلة^(١٧) - على كلام لبعض الحنفية أسلفناه^(١٨) . ومنهم من يعممها في قسمتي الاجبار والتراضي ، إذا بلغ الضرر حد الفساد ، أعني بطلان المنفعة بطلاناً تاماً أو ما هو بسبيل من ذلك ، كما في قسمة خاتم خسيس : وهؤلاء هم المالكية ، فالخيار عندهم في حالة الفساد بين أمرين لا ثالث لهما : إما الإبقاء على الشركة أو البيع ، وفي حالة الضرر الأقل بين هذين وثالث هو : قسمة التراضي^(١٩) .

١٥١ - الشريعة العاشرة : أن يكون المقسوم مملوكاً للشركاء عند القسمة :

هذه شريعة عامة في كل قسمة لا تخص نوعاً دون نوع . وقسمة ولي المحجور ليست له بل

غيره - وإن كان القاضي لو قسم عنه لا تنقض قسمته^(٢٠) وهو قول عند الحنابلة لكنهم يمتدنون كسائر الفقهاء أن القاضي أو الحاكم يقسم على الغائب إجباراً ، كان له وكيل حاضر أم لم يكن ، ويعزل نصيبه ؛ كما يقسم عنه تراضياً إذا لم يكن له وكيل^(٢١) وفي ذلك يقول ابن القاسم في المدونة : « الذي قال مالك في الغائب يدعى عليه في الدور والأرضين ، إنما قال مالك يستأني به . وأما أهل القسم فيقسم عليهم (يعني القاضي) وإن كان غائباً »^(٢٢) .

الفرع الثالث المقسوم

شرائطه

١٤٨ - الشرائط التي يمكن استخلاصها من كلام فقهاءنا بالنسبة للمقسوم كثيرة العدد ، حتى لقد تبلغ اثني عشرة شريطة أو تزيد . وقد تعرضنا في ثنايا أبحاثنا السالفة لسبع منها بما فيه بلاغ . وهذه السبع هي :

- ١ - اتحاد الجنس
- ٢ - اتحاد صنف المنقولات
- ٣ - زوال العلة بالقسمة
- ٤ - أن لا تنقص القسمة قيمة المقسوم
- ٥ - تعلل أفراد كل صنف بالقسمة
- ٦ - عدم الجمع بين نصيبين
- ٧ - عدم الرد .

وكلها في قسمة الاجبار ، وإن شئت فقل : القسمة القضائية الاجبارية^(٢٤) .

أما الخمس الباقية فكما يلي :

١٤٩ - الشريعة الثامنة : أن يكون المال المشترك عيناً أو منفعة :

فلا تصح قسمة الدين ، اتحاد أو تعدد ،

(١) بدائع الصنائع ٢٢/٧ .

(٢) الاتصال ٢٤٥/١١ ، الفرضي ٤١٧/٤ ، نهاية المحتاج ٣٦٩/٨ .

(٣) المحونة ١٤ / ١٩٤ .

(٤) ر : ف / ٤١ وما بعدها .

(٥) ر : ف / ٢٤ .

(٦) ر : ف / ٦٢ مع تعليق ١٢ .

(٧) فيما قرره صاحب المفتي ١١ / ٤٩٦ .

(٨) ر : ف / ٦٩ .

(٩) الفرضي ٤٠٩/٤ ، ٤١٢ ، بلفه السالك ٢٤١/٢ .

وصحة قسمتها بينهم - حتى إذا قضاوا الدين لم تنقض هذه الصحة^(٧) - وجدنا من اتباعهما ، وغير اتباعهما كأشهب المالكي ، من يغلو في الرفض إلى حد اعتبار الدين غير المستغرق مانعاً من هذا الانتقال ، بل لعله ليس غلوأ إذا نحن التزمنا بدقائق النص الألهي [. (والأساس الفقهي لهذا الخلاف هو : هل دين الميت باق في ذمته ؟ أم انتقل إلى ذمة الورثة ؟ أم إلى عين التركة^(٨) ؟ وتنبئ على هذه الشريطة أحكام الاستحقاق بجميع تفاصيلها . ولكننا نرجعها إلى موضعها في الفصل الخامس ان شاء الله .

١٥٢ - الشريطة الحادية عشرة :

حضور المقوم ، أو وصفه .
هذه شريطة تفرد بعض الفقهاء بذكرها . وعللوا باحتمال أن يكون المقوم قد زال من الوجود ، ولا أقل من أن يكون قد تغير إلى نقص أو زيادة . ومنهم من استثنى ما علم ، ولم تمض على العلم به مدة يقوى احتمال التغير فيها . ومنهم من يستغنى بالوصف عن الحضور والمشاهدة قياساً على البيع عند القائلين بذلك فيه . وهذا الأخير هو الذي جرى عليه المالكية ، لأن هذا الأصل المشار إليه في البيوع هو أصلهم^(٩) لكن بشريطة أمن التغير ذاتاً وسوقاً بحسب العادة : بأن يكون مكان المال المقوم ليس من البعد بحيث لو ذهب إليه في الحال لكان قد تغير^(١٠) .

١٥٤ - عدم الشرط الحرام

كشرط أن لا يتنفع أحد المقتسمين بنصيبه أصلاً ، أو أن لا يكون له في طريق العقار المقوم

للمحجور نفسه وهو المالك . فالفضولي الذي لا ملك له ولا ولاية لا نفاذ لقسمته حتى يجزها المالك الصحيح التصرف أو من ينوب عنه نيابة شرعية صحيحة^(١١) فالقسمة تقبل الاجازة - حتى عند بعض من لا يقبلون الاجازة عادة ، كالشافعية : فقد نصوا عليها في القسمة على الغائب ، وإن جعلوا نفاذ القسمة بعد إجازتها من حين الاجازة فحسب ، فكل تصرف قبلها باطل^(١٢) . بل يقول المالكية : إن الذي لا يحضر القسمة من الشركاء ، ثم لا يغيرها (لا ينكرها) عن قرب بعد علمه بها ، تلزمه ، ويكون هذا الريث إقراراً لها^(١٣) . ومن هذه الشريطة يفهم أن المرهون عند دائنين ليس لهما أن يقتسماه بينهما ليستقل كل منهما برهن على حدة ، وهل يمنع رهن المال المشترك من قسمه بين مالكيه ؟ يتفرع الجواب على الخلاف في القسمة : أي بيع أم محض تمييز حقوق - فإن كانت بيعاً ، امتنعت القسمة ، وإلا جازت ونفذت^(١٤) .

١٥٢ - ويزيد في وضوح اعتبار هذه الشريطة أن تعريف القسمة هو تمييز الأنصبة ؛ ولا نصيب لأحد فيما لا يملك - مهما شجر بعد ذلك من نزاع . ومن ثم ينص الحنفية والمالكية على أن التركة المستغرقة بالدين لا تقسم بين الورثة ، لأنها ليست لهم ؛ فإذا اقتسموها وأجاز الغرماء ، ثم بدا لهم فعدلوا - فقد نص الحنفية على أن ذلك لهم ، واستثنوه من قاعدة عدم جواز الرجوع في الاجازة^(١٥) . [وقد كان ينبغي أن لا يخالف فيه أحد ، لأنه نص القرآن نفسه : « من بعد وصية يوصي بها أو دين »^(١٦) ؛ حتى انه لما خالف الشافعي وأحمد ، واعتبرا الدين المستغرق غير مانع من انتقال التركة إلى الورثة

(٧) وابن الحنفية والمالكية على انه اذا قسى الدين بضت القسمة على الصحة واعتبر متافضاً مع اصلهم في تعلق الدين بعين التركة : كما لاحظت الطمطوى من الحنفية (ر : ف ٢٢٧) .
(٨) الفرشي ٤/٤١٥ ، ٤١٦ ، منهج الطالبين بتعليق السراج ٢٢٢ ، الانصاف ١١/٣١٥ ، ٣٦٦ .
(٩) بلفظ السالك ١٢/٢ .
(١٠) الفرشي وهو أشبه ٤/٤٠٣ ، بلفظ السالك ٢٤٠/٢ .

(١) بدائع ٢٤/٧ .
(٢) نهاية المحتاج ٢٣٦/٨ .
(٣) التلذذ وهو أشبه ٢١/٢ .
(٤) قواعد ابن رجب ٤١٢ .
(٥) الاتلاف بأشبه ابن نجيم ٤٣٧ ، الفتاوى الهندية ٢٢١/٥ ، الفرشي على خليل ٤/٤١٥ .
(٦) سورة النساء ١٠ ، ١١ .

سلام : كل ملك ثابت له أصل : كالدَّار والنخل ،
كما نص المالكية على أن كلا منهما يتبع الآخر
في بيعه ، ما لم يمنع من ذلك شرط أو عرف^(٦) .
فلنلحظ هذا كله ، ولنأخذ العقار بالمعنى
اللغوي ليستقيم على المذاهب كلها .

ثم كل من العقار والمنقول إما أن يكون لا
تفاوت بين أجزائه وهو المتشابه ، أو يكون
بينها تفاوت على ما أسلفنا من بيان^(٧) . ونريد هنا
أن نعرف ما يقع في كل من هذه الأعيان وما
لا يقع من أنواع القسمة التي سبق بيانها ، وكيف
تكون قسمتها . فلنعقد إذن ثلاثة فروع :

- ١ - في قسمة العقار
 - ٢ - في قسمة المنقول المتشابه
 - ٣ - في قسمة المنقول غير المتشابه .
- ثم لنقفها بفرع رابع في مسائل مثورة
لها اعتبارات خاصة .

الفرع الأول

قسمة العقار

وهو يتنظم مطلبين : ١ - إلى ماذا تنوع
قسمته في مجال التطبيق العملي ؟ ٢ - كيف
يقسم ؟ بقرعة أم بدونها ؟

المطلب الأول

إلى ماذا تنوع قسمته

١٥٧ - قسمة العقار يمكن أن تكون افرازا
أو تعديلا أو ردا ، كما يمكن أن تكون جمعا
أو تفريقا وجبرا أو تراضيا . ذلك أنه قد يكون
في محل واحد ، وقد يكون في محال متعددة :

١٥٨ - ففي المحل الواحد : قطعة الأرض
المتشابهة الأجزاء بلا أدنى تفاوت
كالتي تخلو من البناء والشجر وهي درجة

شيء ، ولا سبيل إلى طريق سواه . ذكر هذا
بعض الفقهاء . [وهم يفرعون على أن القسمة
بيع ، فقد يخالفون في بطلان القسمة في المثال
الثاني : فإن الحنفية مثلا يصححون البيع على
هذا النحو . وعلى العموم فإن إطلاق هذه
الشريطة لا يستقيم إلا بناء على أن النهي يقتضي
الفساد باطلاق وهي مسألة أصولية شهيرة ، المرجح
فيها غير ذلك] .

نعم نص الحنفية على أن القسمة تبطل
بالشروط الفاسدة^(٨) .

الفصل الثالث

قسمة الأعيان

١٥٥ - الأعيان جمع عين . والمراد بها هنا
ما قابل الدين والمنفعة . أما الدين فقد علمنا
الخلاف في قسمته^(٩) . وأما المنفعة فسيأتي بحث
قسمتها في الفصل السادس ، ان شاء الله .
والأعيان تنقسم إلى عقار ومنقول : فالعقار :
هو الأرض - سواء كانت زراعية أم غير
زراعية . والمنقول ما عداها كالثياب والأواني
والحيوان والمزروعات . وقد نص الحنفية على
أن البناء والشجر من قبيل المنقول : لكنهما
يتبعان الأرض في القسمة ، والأرض لا تتبعهما
فمن وقع في نصيبه من قسمة الأرض شيء منهما
فهو له ، بخلاف العكس^(١٠) .

١٥٦ - والشافعية والحنابلة يوافقون الحنفية على
هذا كله^(١١) . ولكنه خلاف ما عليه المالكية من
اعتبار كل من الأرض والبناء والشجر عقارا .
وعبارة ابن رشد في بداية المجتهد : « العقار من
الدور والخوانيت والبساتين »^(١٢) .
واللغة تؤيدهم ففي المصباح : « والعقار مثل

(١) الاتحاف بشيأه ابن نجيم ٤/٢٥٥ .

(٢) [ر : ف/١٤٩] .

(٣) رد المحتار ٥/١٦٩ ، المجلة العلية م ١١٦٣ ، مجمع
الانهر ٢/٤٢٠ .

(٤) نهلية المحتاج ٨/٢٧١ ، مفتي المحتاج ٤/٤٢٤ ،
البلجوري على ابن قاسم ٢/١٧ ، دليل الطالب ١٠٨٠١٠١٤ .

(٥) [٢٥٧/٢]

(٦) [الخرشى ٤/٩٠]

(٧) [ر : ف/٢٤ وما بعدها] .

[وكان المتبادر منه أن الأرض - إذا كان الغرض تساويها - تقاس ولا تقوم ، وإن البناء يقوم ولا يقاس] ولكن متأخريهم يفسرون ذلك بأن معناه : أن يقاس ويقوم كل من الأرض والبناء ؛ لأن تعديل سهام المقسوم يحتاج إلى معرفة ماليته ، ولو بأخرق بالنسبة إلى الأرض . ومعرفة هذه المالية تتوقف على معرفة مساحة وقيمة كل من الأرض والبناء^(٧) .

١٥٩ - وفي الحال المتعدة : كالنور والأراضي والبساتين : يمكن أن تجمع هذه كلها في قسمة واحدة ، اتحاد نوعها أم اختلف - على ما أسلفناه في بيان اتحاد النوع واختلافه^(٨) - وتعديل الأنصباء بالقيمة ، فتكون القسمة قسمة جمع : إلا أن هذا لا يكون إلا في قسمة التراضي عندما يختلف النوع أو الجنس ، كزكرة بعضها دور وبعضها أراض زراعية معتادة وبعضها حدائق ؛ أو كلها حدائق ، لكن بعض الحدائق كروم وبعضها رمان أو برتقال أو تفاح أو ما شاكل ذلك .

أما عند اتحاد النوع ، فإن القسمة - وهي قسمة جمع ، لتعدد المحل - تقبل الإيجاب ؛ على خلافات في التفاصيل قدمناها^(٩) . كما قدمنا أن من أهل العلم من يعكس القضية فيجبر على قسمة الاجناس والأنواع المختلفة قسمة جمع إذا طلبها أحد الشركاء ، ولا يجوز التفريق إلا باتفاقهم

سواء من جودة التربة أو ردايتها لا تحتاج قسمتها إلى أكثر من فرعها ومعرفة مساحتها - حتى عند المالكية ، على ما اعتمده متأخروهم^(١٠) ، وإن كان الأكثرون على أن التعديل في غير المثليات لا يمكن إلا بالقيمة - ثم تمييزها أنصباء متساوية ، إذا تساوت حقوق المتقاسمين ، أو سهامها متساوية بقدر النصيب الأقل . وهذا هو معنى القسمة بالأجزاء أو قسمة الإفراز .

وهكذا يمكن أن تقسم افرازا أيضا إذا كان في كل جانب من جوانبها من البناء أو الشجر مثل ما في الآخر بحيث يعرف تساوي الأنصباء من غير تقويم^(١١) .

فإذا تفاوت البناء أو الشجر ، أو تفاوتت جودة الأرض ورداءتها فليس يمكن تعديل الأنصباء وتسوية السهام إلا بواسطة التقويم وإذن تكون القسمة قسمة تعديل ، بل قد يحوج الأمر إلى الاستعانة بعوض من خارج المال المشترك (معدل) يدفعه واحد من المتقاسمين أو أكثر ليتعادل نصيبه مع سائر الأنصباء ، وقد يتفق المتقاسمون على ذلك دون ملجئ - وأذن تكون القسمة قسمة رد^(١٢) .

وهي على كل حال قسمة تفريق لأن الغرض اتحاد المحل^(١٣) . وقد علمنا فيما سلف^(١٤) طريقة من يمنع الإيجاب على قسمة الرد إلا ضرورة أو بلا استثناء ، ويقباه في قسمة الإفراز وفي قسمة التعديل بشرائط خاصة ؛ وطريقة من يقبل الإيجاب بكل حال ؛ أو يمنعه بكل حال .

إلا أنه حيث يكون في الأرض بناء ، فإن الحنفية يقولون : لا بد لكي يعدل المقسوم على سهام القسمة - من شيئين : ١ - التوصل إلى معرفة المساحة ٢ - تقويم البناء^(١٥) .

(٧) رد المحتار ١٧٢/٥ .

(٨) [ر : ف/٧٣ وما بعدها] .

(٩) [ر : ف/٩٧ وما بعدها] .

مع ملاحظة أن غير المالكية على أنه إذا أمكنت قسمة كل عين على حدة فلا إيجاب على قسمة الجميع [ر : ف/٥٠١ ، ٦٢ ، ٧٣] وعندنا يصود الكلام الذي قدمناه عند اتحاد المحل . أما في قسمة الجميع فلا يمكن إلا قسمة التعديل أو الرد ، ولاتناثر القسمة بالأجزاء لانقضاء التشابه .

(١١) بلفظ السالك ٢/٢٣٩ .

(١٢) [ر : ف/٢٤ وما بعدها] .

(١٣) [ر : ف/٢٤ وما بعدها] .

(١٤) [ر : ف/٩٢ وما بعدها] .

(١٥) [ر : ف/٤٢ ، ٤٩ ، ٦٢ ، ٧١]

(١٦) فتح القدير ٨/٣٦١ .

المطلب الثاني

كيف يقسم ؟

بقرعة أم بدونها ؟

وفيه طرفان :

١ - في الجواب المباشر على هذا السؤال

٢ - في تمتة له تتعلق بمشروعية القرعة ومقدماتها وكيفيةها :

الطرف الاول :

١٦٠ - في كل هذه المواطن يمكن أن تقع القسمة بقرعة ، وان تقع بدونها ، سواء أكانت قسمة تراض أم اجبار . لأن تعيين القاسم المجبر لكل نصيب على حدة كاف كما سيأتي^(١) إلا أن استعمال القرعة سنة متبعة انتفاء للثمة - إلا أن يصير المتقاسمون عليها ، فقد نص بعض الشافعية على وجوبها حيثنذ^(٢) . نعم لا اجبار في غير المثل عند المالكية إلا بقرعة^(٣) . وفي كلام بعض الحنابلة ما يشير إليه ، كقول صاحب الشرح الكبير في قسمة عرض الجدار : « ويحتمل أن لا يجبر ؛ لأنه لا تدخله القرعة ، خوفا من أن يحصل لكل واحد منهما ما يلي ملك الآخر »^(٤) بل هو صريح مذهبهم ، كما نصوا عليه^(٥) .

كما أن تراضي المتقاسمين على توزيع الأنصباء بينهم بكيفية ما يمكن أن يتم بدون أن يستعينوا بقرعة . بل دون تعديل أو تقويم أصلا ما دام المحل ليس ربويا ؛ بل وان كان ربويا بناء على أن القسمة محض تمييز حقوق^(٦) . بل عند المالكية وبناء على أنها بيع إذا دخل على التفاضل بين كفتان فأكهة في نظير فداين لخروجها حيثنذ من باب البيع

(١) ر : ف / ١٦٢ .

(٢) الشرح على التحرير ٢/ ٤٩٩ .

(٣) القسمة وهو اشبهها ٢/ ٦٩ .

(٤) [١١ / ٤٩٦] .

(٥) الفروع ٢/ ٨٥٤ .

(٦) بدائع الصنائع ٧/ ١٩ ، رد المحتار ٥/ ١٧٢ ، القسمة وهو اشبهها ٢/ ٧٠ ، ٧١ ، نهاية المحتاج ٨/ ٢٧٢ .

المبني على المهارة التجارية ومحاولة الغلب من كلا الجانبين إلى باب المنيحة والتطول^(٧) .

١٦١ - لكن المالكية يشترطون لجواز القرعة شرائط معينة : (٨)

١ - أن تكون فيما تماثل أو تجانس^(٩) ، ليقل الفرر

٢ - أن لا تكون في مثل متحد الصفة أي مكيل أو موزون أو معلود^(١٠) .

٣ - أن لا يجمع فيها بين نصيبين ، إذ لا ضرورة^(١١) .

ويوافقهم ابن تيمية في الشريعة الثانية^(١٢) [ولا يخفى تأثير الشريطين الأولى والثالثة في موضوعنا هذا ، بل والشريعة الثانية باعتبار علتها - إذا جرينا على طريقة بهرام في قسمة العقار المتشابه الأجزاء بالمساحة دون تقويم ؛ إذ تمتنع القرعة حيثنذ كذلك] .

الطرف الثاني

القرعة^(١٣) : مشروعيته ، ومقدماتها ، وكيفيةها :

أولا - مشروعيته :

١٦٢ - القرعة مشروعة في القسمة بلا خلاف عند أحد من أهل الفقه وان اختلفوا في مشروعيته في غير القسمة^(١٤) والحنفية مع المنازعين في مشروعيته

(٧) بلفظة السالك ٢/ ٢٤٢ ، حواشي الخريسي ٤/ ٤٠٩ .

(٨) ثانياً بنية عند المالكية على معتبدهم لا على القول بدخول القرعة في التليات [بلفظة السالك ٢/ ٢٣٩] .

(٩) ر : ف / ٧ المذهب الثالث ، ف/ ٥٨ وما بعدها [

(١٠) لعدم الحاجة باستثناء الحلي لتفاوت الإفراش فيها [بلفظة السالك ٢/ ٢٣٩] ومنهم من يطال امتناع القرعة في قسمة التليات بأنها تعند التقويم [حواشي الخريسي ٤/ ٤٠١] ولا فرق إلا أنها علة تحتاج إلى أخرى أن لم تكن من تطيل الشيء بنفسه [

(١١) الخريسي ٤/ ٤٠١ ، بلفظة السالك ٢/ ٢٣٩ .

(١٢) الفروع ٢/ ٨٥٤ .

(١٣) في محيط المحيط : القرعة : السهم والتصيب . والقاء القرعة حيلة يتمين بها سهم الإنسان أو نصيبه [وهي مستعملة في لسان أهل الفقه بمعنى هذه الحيلة نفسها] .

(١٤) البحر الزخار ٤/ ١٠٨ .

ح - قوله عز اسمه : « فساهم فكان من المدحضين »^(٥) إذا ما كان ذلك من يونس صلوات الله عليه إلا ذبا للريبة عن نفسه ، وتأبيا من نسبة ما لا يليق إليه ، لو ألقى بنفسه في الماء مبادرة دون قرعة . فانه كان يعلم بادئ ذي بدء أنه المقصود .

د - قوله عز اسمه : « وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم ، وما كنت لديهم إذ يختصمون »^(٦) فقد كان زكريا يعلم بأنه أحق بكفالة مريم لمكان خالتها عنده ؛ وإنما صار إلى القرعة تطييباً لنفوس مزاحميه^(٧) .

ثانياً - مقدماتها :

وفي ضمنها كيفية القسمة دون قرعة :

١٦٣ - أ - تصحح مسألة القسمة حسب قواعد التورث ، ولو لم تكن مسألة ميراث .

١٦٤ - ب - يجزأ المال الذي تراد قسمته أجزاء متساوية بعدد السهام التي تصح منها المسألة - وتسمى لذا باسم السهام - دون استعانة بتقويم إن أمكن ، أو مع الاستعانة به ، فقد يعدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء من آخر ، ودون رد عوض خارجي (معدل) أو معه - على ما مر من تفصيل وخلاف^(٨) - ومعنى ذلك أنه يجزأ أجزاء متساوية ذاتاً أو قيمة بعدد الأنصباء ، إذا تساوت تلك الأنصباء ، أو بعدد مخرج النصيب الأقل إن صحت منه المسألة (وعبارتهم : على أقل السهام) : فإذا كان الشركاء ثلاثة على التساوي : أي لكل واحد الثلث جزئاً المال ثلاثة أجزاء متساوية ؛ وإن كان لأحدهم النصف ، وللثاني الثلث ، وللثالث السدس ، يجزأ أسداساً : أي ستة أجزاء على التساوي ؛ وإن كانوا في التركة زوجاً وأماً

إلا في القسمة وما يجري مجراها^(٩) . وهم يقولون في ذلك : أنها قمار لتعليق الاستحقاق على خروجها ؛ لكن هذا المعنى متنف في القسمة ، لأن القاسم المجبر لو عين لكل واحد نصيبه ، دون قرعة ، لكفى ، إذ هو في معنى القضاء - لكن ربما يتهم بالمحاباة ، فيلجأ إلى القرعة ، لئلا تبقى ريبة . ولذا جرى العمل بها منذ عهد النبي صلوات الله عليه حتى يوم الناس هذا ، فهي سنة عملية مجمع عليها^(١٠) .

وهناك أربعة أدلة أخرى تدل على مشروعية القرعة في حالات تطيب النفوس ، كما هنا . والأخيران مبنيان على أن شرع من قبلنا شرع لنا ، ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه :

أ - إقراره صلوات الله عليه بين نسائه ليصحب في سفره من خرجت قرعتها : كما في الحديث المتفق عليه واللفظ للبخاري عن عائشة : « أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفراً أقرع بين أزواجه ، فأيتهن خرج سهمها ، خرج بها »^(١١) . فإن ذلك كان تطييباً لنفوسهن ، إذ ليس لهن عند السفر حق في قسم .

ب - حديث عمران بن حصين عند الجماعة - إلا البخاري « أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته ، لم يكن له مال غيرهم ، فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثاً ، ثم أقرع بينهم : فأعتق اثنين وأرق أربعة »^(١٢) .

(١) فكر الناطقي أن القرعة ثلاث :

- أ - لا ثبات حق البعض وإبطال حق البعض وهذه باطلة . كما إذا طلق إمرأته ، ثم أقرع لتعيين المظلة .
- ب - لتطيب النفوس وهذه جائزة ، كالقرعة بين الزوجات لتعين من يبدأ بها في القسم أو يصحبها في السفر .
- ج - لثبات حق واحد في مقابلة مثله ، فيفرز بها حق كل واحد منهما وهذه جائزة [التنازى الهندية ٢١٧/٥] ويمكن بوسمه أن ينجح القسم الثالث في الثاني [] .

(٢) فتح القدير ٣٦٢/٨ .

(٣) تلخيص الجبر ٢٠٣/٢ .

(٤) نيل الأوطار ٤٢/٦ .

(٥) سورة الصافات .

(٦) سورة آل عمران .

(٧) الكفيلة مع فتح القدير ٣٦٢/٨ .

(٨) ر : ف : ٣٢/ وما بعدها [] .

لا يدري شيئا أصلا ، فان غفلته مطلوبة ، ويفضل أن يكون طفلا صغيرا ، كما هو المذهب^(١٥).

ولذا يصرح الحنايلة بأن القرعة تصح كيفما كانت ، وبأي شيء ، ولو بالخواتم أو الحصا بعد وضع علامة مميزة على كل واحد منها ، لأن هذا كاف في حصول المقصود ، وهو تمييز الأنصباء^(١٦).

إلا أن هناك ثلاث كيفيات اشتهرت في كلام الفقهاء :

الكيفية الأولى :

١٦٨ - أن تكتب أسماء المتقاسمين في بطاقات من الورق مثلا لكل واحد بطاقة ؛ ثم تدرج كل بطاقة في بندقة^(١٧) من نحو شمع أو طين ؛ ثم توضع تحت ساتر ما ، كأن توضع في كيس ؛ ثم تخرج واحدة واحدة ، ويقرأ ما بها : فمن خرج اسمه أولا ، فله السهم الأول ، ويضاعف له مما يليه ان كان أقل من نصيبه - حتى يستوفيه على اتصال ؛ ومن خرج اسمه ثانيا فله السهم الذي يلي نصيب الأول - ويضاعف له ، كما مضى ، ان لم يكفه ؛ وهكذا حتى تنتهي إلى البندقة الأخيرة ، فلصاحبها ما بقي .

هكذا ذكر الحنفية والمالكية هذه الكيفية وظاهر كلامهم ، هنا وفيما يأتي من بقية الكيفيات ، أن الذي يتولى إدراج البطاقات في البنادق وإخراجها هو القاسم نفسه^(١٨). وليس في كلام غيرهم ، كالشافعية والحنايلة ما يمنعه ، ما دام لا يميز البطاقات بعضها من بعض ؛ لأن هذا هو مقصودهم حين قالوا ؛ « توضع البنادق

وابنا ، فان المال يجزأ اثني عشر جزءا على التساوي ؛ وهكذا^(١٩) .

١٦٥ - ح - يعلم كل جزء (سهم) بعلامة مميزة ، والترقيم أيسر وسيلة : فترتب على التوالي ابتداء من أحد طرفي المقسوم - فهذا هو الأول ، وهذا الذي يليه هو الثاني ، وهذا يجواره هو الثالث ، إلى آخر ما هنالك . وهذا الترتيب مفوض لرأي القاسم عند الشافعية^(٢٠). ومعهم الحنفية ، إلا أنه لا بد عندهم أن يشرط القاسم على المتقاسمين قبول الترتيب الذي يضعه^(٢١) [وهذه الشريطة تجعل الأمر بأيدي المتقاسمين في الحقيقة] .

١٦٦ - د - تجري القرعة ليعين لكل واحد نصيبه^(٢٢) . ولكن كيف ؟

ثالثا - كيفية القرعة :

١٦٧ - ليس في كلام أحد من أهل الفقه الزام بكيفية خاصة ، إلا ما عند بعض الشافعية من أنها لا تصح بأشياء مختلفة : كدواة وقلم وحصاة ؛ أو بنادق غير مستوية وقد ردوه على قائله بأن الفرض أن الذي يخرج القرعة لا يدري ماذا تعني هذه وماذا تعني تلك ، بل ربما

(١) بداية المجتهد ٢/٢٦٧ ، منى المحتاج ٤/٤٢٢ ، المنى لابن قدامة ١١/٥٠٤ .

وفي القانون المدني المصري إذا تطورت التجزئة على أصغر الحصص تقص القيمة كثيرا أو تناثر النصيب الواحد بحيث لا يفر من التجنيب أي أفراد نصيب لكل واحد والزامه به دون قرعة ، إذا لا يمكن القرعة حينئذ . وكلامهم في قسمة الإجماع ، وقد كان القانون المدني المصري القديم يمنع التجنيب إلا عن تراض (الوسيط للسنيهوري ٨/٩٢٢ ، ٩٢٩) .

(٢) منى المحتاج ٤/٤٢٢ .

(٣) بدائع الصنائع ١٩/٧ .

(٤) ويقول الحنفية أن القاسم في قسمة الإجماع ينبغي له قبل إجراء القرعة أن يصور المقار الذي يقسم مجزأ مرقعا ليرفعه إلى القاضى فقد يريد مباشرة القرعة بنفسه ان لم يكن قد امره بمباشرتها (الكفيلة مع فتح القدير ٨/٣٦٢) .

(٥) منى المحتاج ٤/٤٢١ ، نهاية المحتاج ٨/٢٧٢ .

(٦) مطالب أولي النهى ٦/٥٦٠ .

(٧) قطعة من الشمع أو العجين أو الطين أو أي مادة قابلة للتشكل ، تجعل بشكل بندقة تقسمي بنسبها . وفي المصباح البندق : المأكول معروف .. والبندق أيضا ما يعمل من الطين ويرمي به ، الواحدة بندقة وجعم الجمع بنادق . (٨) فتح القدير ٨/٣٦٢ ، البحر الرائق ٨/١٧٢ ، الفرضي ٤/٤١١ .

١٧٠ - وهذه الكيفية قد يترتب عليها تفريق النصيب الواحد ، إذا تفاوتت الأنصباء : ويرفضها من أجله في حالة تفاوت الأنصباء الخائبة وبعض الشافعية^(٥) ولم يذكرها الحنفية على أية حال . وإنما قبلها المالكية وجماهير الشافعية بشرطة تفادي تفريق النصيب الواحد : ففي المثال الآسف الذكر ، لا يبدأ باعطاء صاحب السدس أو الاخراج على اسمه ؛ لأنه قد يصادف حيثئذ الجزء الثاني أو الخامس ، فيتفرق نصيب صاحب النصف أو الثلث - وقد نص الشافعية على أن تعيين من يبدأ به من المتقاسمين ، أو الأجزاء ، عند اجراء القرعة منوط بالقاسم وما يراه^(٦) - بل يبدأ بصاحب النصف ثم صاحب الثلث ، أو بالعكس ، فيوفي كل منهما نصيبه على اتصال ؛ ثم يكون الباقي لصاحب السدس^(٧) . على أن الكيفية الأولى مفضلة عند الجميع .

الكيفية الثالثة : وقد ذكرها المالكية .

١٧١ - أن تكتب أسماء المتقاسمين ، كل اسم في بطاقة أو أكثر بعدد ما يستحقه صاحبه من الأجزاء ، وتكتب أيضاً أسماء الأجزاء (السهام) ، كل اسم في بطاقة ؛ وتوضع هذه تحت سائر ، وهذه تحت سائر ؛ ثم تؤخذ بطاقة من هنا ، وبطاقة من هنا - فمن خرج له جزء أخذه .

وفي هذه الطريقة من احتمال تفريق النصيب الواحد ، عند تفاوت الأنصباء ، ما في الطريقة الثانية ؛ وتزید بأنه عيب لا يمكن تفاديه هنا إلا بجهد ربما كان غير يسير : وذلك أنهم يقولون

في حجر من لم يحضر الكتابة والإدراج ، ويؤمر باخراج واحدة واحدة^(٨) .

وربما وقع في كلام بعض الحنفية والمالكية اعتبار القاء البندقة أو وضعها قبل قراءتها على السهم الذي أخرجت من أجله ، كما اتفق لصاحب الكفاية ، والحرشي من المالكية . ولكن المقصود يتحقق بدون ذلك ، ولذا أهمله الطوري من الحنفية ، ومَرَّضَهُ ابن رشد من المالكية^(٩) بل إن إدراج البطاقات في بنادق ، ليس إلا مبالغة في نفي التهمة . ولو اكتفى بطي الأوراق ، دون أن يكون في ظاهرها ما يميز بعضها من بعض ، لكان فيه بلاغ كاهو مفهوم مما صدرنا به الكلام على القرعة^(١٠) ولذا أغفل ابن رشد ذكر البنادق^(١١) .

الكيفية الثانية :

١٦٩ - أن تكتب الأجزاء (السهام) في البطاقات - بدل أسماء الشركاء - بعلاماتها المميزة (كالجزء الشرقي ، أو الغربي ، أو الأوسط ، أو الجزء المجاور لدار فلان أو أرضه ؛ أو الأرقام ، وهي أسهل وأفضل : هكذا : ١ ، ٢ ، ٣ الخ) كل جزء (سهم) في بطاقة على حدة ؛ وتدرج في بنادق أو لا تدرج ، كما أسلفنا في الكيفية الأولى ؛ ونخباً إن احتجج إلى ذلك أو يكتفى بطيها ؛ ثم تخرج واحدة بعد أخرى : وكلما خرجت واحدة أعطيت لأحد المتقاسمين ، ان لم يكن عين لها قبل اخراجها ، فيكون له الجزء الذي بها - مع ملاحظة أن من له عدة أجزاء (سهام) تكون له بطاقات بعدد الأجزاء التي يستحقها . فمثلاً : إذا كانوا ثلاثة ، لواحد النصف ، وللثاني الثلث ، وللثالث السدس ، تكون البطاقات ستاً : ثلاث منها لصاحب النصف ، وثنان لصاحب الثلث ، وواحدة لصاحب السدس .

(٥) مغني المحتاج ٤٢٢/٤ ، مطلب اولي النهى ٦١/٦ .

(٦) مغني المحتاج ٤٢٢/٤ .

(٧) التجريد القيد ٣٧١/٤ ، الغرضي ٤١١/٤ .

(٨) بداية المجتهد ٢٦٧/٢ ، الغرضي ٤١١/٤ ، ٤١٢ .

[ولا أراها إلا تصديراً آخر لكل من الكيفيتين السالفتين] .

(٩) التجريد القيد ٣٧٠/٤ ، مطلب اولي النهى ٦١/٦ .

(١٠) البحر الرائق ١٧٣/٨ ، بداية المجتهد ٢٦٧/٢ .

(١١) [ر : ف ١٦٧/٢] .

(١٢) بداية المجتهد ٢٦٧/٢ .

بالمصرح به عندهم من الاجبار على قسمة عرصه الجدار (أي مكان بنائه) ولو طولا ليختص كل بما يليه ، قبل البناء أو بعد الهدم^(١).

[ولا أراه يستقيم . فان كلام الفقهاء هنا في عدم التفريق بالقرعة ، على ما يلوح منه ، انما هو في صورة الاجبار حيث يكون الجمع في القسمة نفسها مجبرا عليه . وإذا كان الشافعية يصرحون بأن الشريك لا يحاسب إلى جمع قطعتي أرض مشتركين في قسمة واحدة ، ما دامت كل قطعة تقبل القسمة على حدة^(٢) مع أن النصيبين اللذين يريد جمعهما أجزاء مال مشترك واحد ، فكيف بنصيب من مشترك مع آخر لا علاقة له بالشركة . ومسألة عرصه الجدار مختلفة جدا ، فهي قسمة مال مشترك ضيق لو لم يكن بجواره ما يجعل قسمته نافعة لامتنتع الاجابة إليها . فمن هنا جاءت صلة الأرض المجاورة بموضوع القسمة . وليس في المسألة المقيسة شيء من هذا] .

الفرع الثاني

المنقول المتشابه

١٧٤ - هذا أصله المثل المتحد الصفة . ثم ألحق به ما في معناه من القيمي الذي لا يختلف الانصباء فيه صورة وقيمة كبعض الثياب والحيوان . وفيه مطلبان :

- ١ - إلى ماذا تنوع قسمته في مجال التطبيق العملي
- ٢ - كيف يقسم ؟ بقرعة أم بدونها ؟

المطلب الاول

الى ماذا تنوع قسمته ؟

١٧٥ - (هم جميعا إلا شلوذا متفقون في المثل المتحد الصفة - على خلاف بينهم في معنى المثل - أن قسمته لا تحتاج إلى تقويم . وانما هي

- ان لم يقر التفريق - يعاد من القرعة ما وقع به التفريق ، حتى يتم الاتصال^(٣).

وقد يمكن تصويرها بأن تكتب أسماء المتقاسمين في بطاقات بعدد رموسهم ؛ ثم من خرج له جزء أخذه ، ووفى بما يليه - ان كان دون نصيبه . وهذا هو المتبادر من عبارة ابن رشد في بداية المجتهد^(٤) لكن احتمال التفريق أيضا قائم عند تفاوت الانصباء : فقد تؤخذ أولا بطاقة صاحب السدس - في المثال الآنف الذكر - فيخرج له الجزء الثاني أو الخامس ؛ وإذن يتفرق نصيب أحد صاحبيه . فاما أن تعاد القرعة أو يقر التفريق . وهما أمران أحلاهما مر^(٥) .

تنبيهان

١٧٢ - الاول : ذكر بعض الفقهاء ان المقسومات اربعة :

- ١ - مستوية الأجزاء ، والأنصباء
- ٢ - مستوية الأجزاء ، مختلفة الأنصباء
- ٣ - مستوية الأنصباء ، مختلفة الأجزاء
- ٤ - مختلفة الأجزاء والأنصباء^(٦)

[وهذا صادق على العقار صدقا أوليا ، ولم يشذ منه شيء عما قدمناه] ^(٧).

١٧٣ - الثاني : استنبط بعض الشافعية من مراعاة عدم تفريق النصيب الواحد - التي جاءت في كلام الفقهاء على القرعة - أنه إذا كان لأحد المتقاسمين أرض مجاورة ، فطلب أن يكون نصيبه إلى جوارها ، أجب حيث لا ضرر ، حيث كانت الأرض المقسومة مستوية الاجزاء . ثم أيده

(١) الغرضي وهاشيه ٤/١٢٢ .

(٢) ٢/٣٦٧ .

(٣) في الققون المعنى المصرى : فكروا هذه الكيفية واقسروا ما قد يقرب عليها من تفريق النصيب الواحد معظمين بان هذا شأن القرعة ولا يمكن تغييره الا بتراضي المتقاسمين (الوسيط للسنبورى ٢٢٨/٨) فلم يلتفتوا الى اعادة ولا احتياط يتوق به التفريق .

(٤) المعنى لا ين قدامة ١١/٥٢ .

(٥) [ر : ١٦٦ ف وما بعدها]

(٦) نهاية المحتاج ٢٧٢/٨

(٧) مغنى المحتاج ٤/٢٢٢

وهذا الكلام فيه هو بعينه الكلام الآنف في العقار .

أما الطرف الأول : فقد علمنا ما نعى القرعة في قسمة المثل^(١) وأما ما يجري مجراه من القيمي فيعود فيه كل ما سلف في العقار ، وكذلك المثل على قبوله القرعة .

الفرع الثالث

المنقول غير المتشابه

١٧٧ - (كالثياب المختلفة ، والأواني المختلفة ، والحيوان كذلك . وهذا من حيث القرعة ، وهل يقسم بها أو بدونها ؟ لا يختلف حكمه عما سلف في العقار .

أما من حيث أنواع القسمة التي يتنوع إليها : فهو لا يقسم قسمة جمع إلا تعديلا بطريق التقويم - إلا على رأي من يكتفي في تحقق المثلية بالتماثل في معظم الصفات^(٨) فإنه يطبق عند هذا التماثل ما تقدم في المنقول المتشابه خاصا بالمثل^(٩) والأصل فيه أن تكون قسمة قسمة تراض إلا أنه قد يقبل الاجبار في حالات خاصة تختلف من مذهب إلى آخر كحالة اتحاد النوع عند الحنفية وتقاربه عند المالكية واتحاد الصنف وصنف الصنف عند الشافعية في تفصيلات عديدة قدمناها^(١٠) مع ملاحظة مذهب بعض السلف في إطلاق منه . وتكون قسمة قسمة تفريق إذا قسم كل واحد على حدة ، وقسمة جمع فيما عدا ذلك . ولا مانع من قسمة الرد إذا تراضى عليها المتقاسمون : كأن يأخذ هذا الثياب ، وذلك الأواني ويدفع أو يأخذ الفرق من حيث القيمة ، بشرطية أن يكون ما يدفع فرقا (المعدل) من مال الشركة أو بدون تقييد بهذه الشريطة ، على الخلاف الذي أسلفناه^(١١) لكن قسمة الافراز لا تتصور هنا إلا عند المتوسعين في تفسير المثلية .

مجرد افراز بطريق الكيل أو الوزن الخ . فلا تعديل ولا رد .^(١٢) ثم قد تكون القسمة تراضيا وقد تكون اجبارا ، إذ لا يمنع الاجبار هنا حيث لا ضرر إلا مطلقا منه كأبي ثور في بعض ما يروى عنه ، وقد تكون جمعا ، كما في قسمة كية من الحبوب كالقمح أو الشعير ، وقد تكون تفريقا كالسبيكة من ذهب تقسم وزنا^(١٣) .

أما ما ألحق بالمثلي فالشافعية والحنابلة وبعض المالكية هم الذين يجعلون قسمة كقسمة المثل في كل ما أسلفناه^(١٤) . أما الحنفية وجماهير قدماء المالكية فعلى التقويم في كل متقوم^(١٥) - وعلى هذا فقسمة قسمة تعديل . والمفروض أن لاحاجة فيه إلى رد^(١٦) . ثم قد تكون قسمة اجبار حيث لا ضرر وقد تكون تراضيا ، وعند الرضا يجوز التفاضل على ما قدمنا من بيان^(١٧) وقد تكون جمعا ، كما في قسمة عدد من الأغنام أو الأبقار المتشابهة ، وقد تكون تفريقا - كما في قسمة بناء متصل بعضه ببعض مع تشابه أجزائه إذا جرينا على أنه منقول ، كما عليه الجماهير .

١٧٦ - المطلب الثاني : كيف يقسم ؟

وفيه طرفان :

- ١ - بقرعة أم بدونها .
- ٢ - في مشروعية القرعة ومقدماتها وكيفيةها -

(١) إلا أن عند المالكية فيما يجوز فيه التفاضل كالذي لا يخفى مثل الفاكهة طريقة أخرى بجواز قسمة بطريق التصري والفرص - أما مطلقا ، وأما إذا كان من قبيل الموزون لا غير . بل جوز ابن القاسم قسمة التصري فيما يمتنع تفاضله بشرطتين ١ - أن يكون قليلا ٢ - موزونا كاللحم والخبز (الفرشي وهواشييه ٤/٢٠٤)

(٢) [ر : ف/٤١ ، ٤٢ ، ٤٩ ، ٦٢ ، ٩١ وما بعدها]
(٣) إلا أنهم لم يطلوا بالحيوان - ومن البعد بمكان عادة تسليويه صورة وقيمة .

(٤) أن دخلت القسمة على التقويم عند المالكية - والافهم يتبنون نوعا من القسمة بالتراضي بلا تعديل ولا تقويم (التفتة وهواشييه ٢/٦٨ ، ٧١) وتقدم كلامهم في التصري [ر : ف/١٧٥ ، تعليق ١ -]

(٥) [ر : ف/٢٤ وما بعدها]

(٦) [ر : ف/١٦٠]

(٧) [ر : ف/١٦١]

(٨) [ر : ف/٣٩]

(٩) [ر : ف/١١٧]

(١٠) [ر : ف/٤٣ ، ٤٩ ، ٦٢]

(١١) [ر : ف/٣٧ - ٤٠]

الفرع الرابع

مسائل ذات اعتبارات خاصة

١٧٨ - المسألة الأولى : قسمة عين واحدة لا

تقبل القسمة : كالثوب والآناء والعقار الواحد الذي هو بهذه المثابة ، أعني أن في قسمة اضراراً بجميع الشركاء أو ببعض منهم ^(١) أو فساداً واضاعة مال دون نفع ما .

وجواب هذه المسألة - من حيث الاجبار على القسمة أو التراضي عليها - يعلم مما أسلفناه في بيان معنى الضرر المانع من قسمة الاجبار ^(٢) لكن للمالكية بها فضل عناية ، ولهم فيها مزيد بيان : وهذا موضع تفصيله :

ذلك أنهم تفرعوا على ضرر القسمة حيث يعملون للشريكين - وينوب القاضي عن الغائب منهما ، فيمضي له ما يراه - الخيار بين شيئين : ١ - البقاء على الشركة ، والانتفاع بالعين مشتركة .

٢ - بيع العين واقتسام ثمنها. ومنه أو بمثابته : الزيادة عليها بعد رسو سعرها في السوق (أو بعد تقويم خير - ان لم يرضوا السوق) - وتسمى ^(٣) "المقاواة" - فمن رغب فيها بأكثر أخذها ، وإذا استويا فالمتنع من البيع أولى بأخذها ، ثم على أخذها أن يدفع لصاحبه مقابل حقه في ثمن الحملة .

هذا إذا كانت القسمة محض فساد ، كقسمة ثمر . أما إذا كانت ضارة ، مع امكان الانتفاع بالمقسوم بعدها انتفاعاً ما مخالفًا لجنس منفعتها قبل القسمة كدار يمكن جعلها بعد القسمة مرتبين لدائتين ، فان للشركاء وجهًا ثالثاً من وجوه

الخيار : هو أن يقتسموا العين بطريق التراضي .

إلا أن الاجبار على البيع مشروط عندهم بعدة شرائط ^(٤) :

أ - أن يطلب البيع أحد الشريكين ، فلا يجبر على بيع العين دون طلب من أحد منهما .
ب - أن تكون العين على ما وصفنا من عدم قابلية القسمة ؛ لأنه مع قبول القسمة لا يجبر على البيع مؤثرها عليه ^(٥) .

ج - أن ينقص ثمن حصة طالب البيع ، لو بيعت مفردة . وإلا فليبيع ان شاء حصته وحدها ؛ إذ لا ضرر عليه في ذلك .

د - أن لا يلتزم الشريك الآخر بفرق الثمن المترتب على بيع الحصة مفردة وإلا فلا معنى لاجباره على البيع .

وهناك أيضاً شريطان أخريان :

هـ - أن يكون الشريكان قد ملكا العين جملة . فلو ملك كل واحد منهما نصيبه على حدة ، لما كان له الحق في اجبار شريكه على البيع ؛ لأنه ملك على حدة فيبيع على حدة . ولكن أنكر هذه الشريطة ابن عبد السلام من كبار المالكية وقال اليزناسي العمل الآن على عدم اشتراطها ^(٦) .
و - أن لا تكون العين عقاراً للاستغلال : كالطحن والمخبز والمصنع والحمام . لأن عقار الاستغلال ، أو (ربع الغلة) كما يقولون ، لا تنقص قيمة الحصة منه إذا بيعت مفردة ،

(٤) القانون المدني المصري يكفي للاجبار على البيع (بطريق الزيادة العامة أو - ان شاء الشركاء - الخاصة بهم) يطلب ادهم القسمة ، مع كون العين لا تقبلها كسيارة او مصنع صغير ، او تقبلها لكن بنقص يبرر في القيمة كقسمة الخزل طبقات والأرض المعدة للبناء قطعاً صغيرة جداً لا تنقسم كل واحدة منها لبناء مقبول ، ثم يقسم الثمن بنسب الانصاف ، ويسمون ذلك باسم قسمة النصيب (وسيط السنهري ٩١٥ - ٩١٧)
(٥) هواشي التحفة ٧٣/٢
(٦) هواشي التحفة ٧٢/٢

(١) على ما سلف من خلاف في الاعتماد بالضرر الخاص او عدم الاعتماد ، والملكية يمتدون به بطلاق (ر : ف / ٤٤) ، ٦٥ ، ٦٦ .

(٢) (ر : ف / ٤٤ - ٧٢)

(٣) الخريش ٢٧٤/٤ .

. فقد عرف من أصلنا أنه إذا امتنع السيد من الاتفاق على عبيده باعهم الحاكم عليه . فإذا صرنا إلى ذلك دفعا للضرر عن الشريك الذي له عليه حق وملك ، فلم لا نصير إلى ذلك دفعا للضرر عن الشريك الذي لا حق له عليه ولا ملك . والاجبار على المهايأة ضعيف^(١٨).

١٨١ - وقد ذهب كثير من الحنابلة إلى أن طلب البيع ليس حتما لاجبار الشريك على البيع مع شريكه بل يكفي طلب القسمة ، لأن حق الشريك في نصف القيمة لا في قيمة النصف ؛ فلا يصل إلى حقه إلا ببيع الكل ؛ ولذا أمر الشرع في السراية أن يقوم العبد كله ، ثم يعطى الشركاء قيمة حصصهم^(١٩). [ولعل ابن الصلاح يقول مع هؤلاء بقولهم هذا أخذنا من الأصل الذي قاس عليه] .

المسألة الثانية : عين الماء :

١٨٢ - لا تقسم لا جبرا ولا تراضيا ؛ إذ لا يمكن قسمها إلا بوضع حاجز فيها أو أكثر بين النصيبين أو الانصباء ، وفي هذا من الضرر ونقص الماء ما يجعل القسمة فسادا . أما مجرى الماء إذا اتسع لمجريين ، فإنه تصح قسمته تراضيا لا جبرا ، إذ لا يمكن تحقق المساواة ؛ فقد يكون اندفاع الماء في جانب أقوى منه في الآخر . كما أن الماء نفسه تمكن قسمته تراضيا ، كيفما شاء الشركاء ؛ أما جبرا فلا يقسم إلا بالقلد - وهو^(٢٠) المعيار الذي يتوصل به إلى إعطاء كل ذي حق حقه : كالساعة اليوم . وقديما كان يقوم مقامها وعاء مثقوب ثقباً لطيفاً يملأ رملاً أو ماء ويعلق فظل يتسرب ما فيه قليلا قليلا حتى يفرغ ، فتنتهي بذلك نوبة أحد الشركاء ، وتبدأ بتعليقه مرة أخرى نوبة غيره .

هكذا قرره المالكية^(٢١). وأصول الحنفية والشافعية

بل ربما زادت . وانكر ابن عرفة هذه الشريطة . [على أنها لو سلمت ، فإن شريطة نقص ثمن الحصاة تغني عنها^(٢٢)] .

١٧٩ - وحجة المالكية في الاجبار على البيع القياس على الشفعة بجامع دفع الضرر في كل^(٢٣) والجماهير من حنفية وشافعية وكثير من الحنابلة يردونه بأن الأصل أن الجبر على إزالة الملك غير مشروع ، لقوله تعالى « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم^(٢٤) » فلا ينتقل عنه إلا بدليل ناقل ؛ وليس هنا هذا الدليل الناقل ؛ إذ القياس على الشفعة قياس مع الفارق : فلو لم تشرع الشفعة للزم ضرر متجدد على الدوام ، ولإ كذلك البيع مع الشريك^(٢٥) . [ولعله لذلك عدل ابن رشد الحفيد إلى الاستدلال بمجرد الاستصلاح دفعا للضرر . مع أن فيه انزال ضرر بالشريك الممتنع ، فهي إذن موازنة بين الضررين . ألا تراه يقول : وهذا من باب القياس المرسل^(٢٦)] .

١٨٠ - والحنابلة في معتمدتهم يوافقون المالكية على اجبار الشريك على البيع مع شريكه . بل يطلقون القول بأن من دعا شريكه إلى البيع في كل ما لا ينقسم إلا بضرر أو رد عوض أجبر على إجابته ، فإن أبى بيع عليهما وقسم الثمن^(٢٧) ويزيدون أنه لو دعى إلى الاجارة أجبر أيضا^(٢٨) ولكن المنازعين منهم هم الشيوخ الجلة وحسبك أن فيهم الشيخ الموفق والمجد بن تيمية فإن كلامهما يقتضي المنع ، وإن كان ابن الصلاح من الشافعية ينتصر لعكسه ، مخالفا ما عرف من مذهب الشافعية ، ويقول : « وددت لو سمى من المذهب

(١) الخرشى ٤/١٢٣ ، النخعة وهو اشبهها ٧٢/٢ ، ٧٢

(٢) الخرشى ٤/١٢٣

(٣) سورة النساء ٢٨

(٤) بدائع الصنائع ٧/٢ ، معنى المحتاج ٤/٢٦٩

(٥) بداية المجتهد ٢/٢٦٨

(٦) الفروع ٣/٨٦٦ - فيما عدا حالة الرد هو مطابق لما قد مناه عن القانون المدني المصري [ر : ف/١٧٨ تطبيق]

(٧) الفروع ٣/٨٦٦

(٨) الفروع ٣/٨٤٦

(٩) قواعد ابن رجب ١٤٥

(١٠) هذا هو المفهوم من سياق كلامهم . وفي محيط المحيط :

القلد (بكسر فسكون) الحفة من الماء . فتقرب منه استعماله

في آلتنه

(١١) الخرشى ٤/٤١٠ ، بلفظة السالك ٢/٢٤٢

والخاتبة لا تأبى من قسمة العين نفسها تراضيا لا اجبارا ، كما يفهم مما قدمناه^(١).

أما في قسمة الماء فللشافعية كلام بهذا المعنى الذي ذكره المالكية ، إلا أنهم ينصون على استعمال الحواجز الخشبية المثبتة ، ثقبوا متساوية أو متفاوتة بحسب الانصباء ، يعترض بها طريق الماء^(٢). ومثله للحنفية - إلا أنهم يقولون أن ماجرى به العمل في قسمة ماء النهر والعين يتبع ولا يغير سواء أكان بمثل هذه الكوى أم بالمهاياة الزمنية : لكل شريك يوم ، أو أكثر أو أقل^(٣).

المسألة الثالثة: الاختلاف في رفع الطريق ومقداره:

١٨٣ - إذا اختلف المتقاسمون في قسمة دار أو أرض : فقال بعضهم : نقسم ولا ندع طريقا ، وقال بعض بل ندعه ، فان القاضي ينظر في التوفيق بين المصلحة ، وتحقيق معنى القسمة على الكمال ما أمكن : فان كان بوسع كل منهم أن يتخذ لنفسه طريقا على حدة استوفى معنى القسمة ، ولم يبق شيئا مشتركا بينهم ؛ وإلا فالمصلحة تقتضي إبقاء طريق مشترك بينهم ؛ إذ لا يكمل الانتفاع بالمقسوم بدونه - فيجبرهم على ذلك : يقسم ما عدا الطريق ، ويبقى الطريق على الشركة الأولى دون تغيير ؛ إلا ان يقع التشلوط على شيء من التغيير ، كأن يتفقوا على أن يجعلوه بينهم على التفاوت وقد كان على التساوي لأن القسمة على التفاوت بالتراضي جائزة في غير الربويات ، أو على أن يجعلوا ملكية الطريق لبعضهم ، وحق المرور فحسب للآخرين - وقيلوه في الفتاوى الهندية بأن تكون ملكية الطريق لمن ترك مقابلا له من نصيبه ، واهملوه في المجلة^(٤) [وهو بالاهمال جدير] .

فإذا اختلفوا في مقدار الطريق : فبالغ بعضهم في سعة ، وبعضهم في ضيقه ، وبعضهم في علوه وبعضهم في انخفاضه ، فان القاضي يجعله على عرض باب الدار وارتفاعه ؛ لأن هذا يحقق المقصود منه ، ولا تتطلب الحاجة أكثر من ذلك . وانما يحدد ارتفاعه بما ذكرنا ليتمكن الشركاء من الانتفاع بهوائه وراء هذا المقدار ، كأن يشرع أحدهم جناحا ، لأنه حيثئذ باق على خالص حقه ؛ إذ الهواء فيما فوق ارتفاع الباب مقسوم بينهم ؛ كما أن هذا التحديد يمنع عدوان أحدهم بالبناء أخفض من ذلك فوق الطريق المشترك ، إذ يكون حيثئذ بانيا على الهواء المشترك ، وهو لا يجوز دون رضا باقي الشركاء . هذا في طريق الدار ، أما طريق الحقل فيكون بمقدار ما يمر ثور واحد ، إذ لا بد لزراعة منه ، فيقتصر فيه على الحد الأدنى - وان كان يحتاج إلى مرور ثورين فانه يحتاج أيضا إلى مرور عربة وما إليها على فحش تفاوت الاحجام فلا يقف عند حد^(٥).

١٨٤ - هكذا قررة الحنفية ولا خلاف عليه الا فيما زينه

١ - لم يعرض الآخرون - فيما وقع لي - لمرض الطريق إلى الحقل .

٢ - نص الشافعية على أن امكان الحصول في يسر على طريق من أرض مجاورة كمكانه في النصب المقسوم نفسه . وهذا وان كان مفهوما من جملة كلام الحنفية وغيرهم إلا أنه لم تتفق له هذه الصراحة إلا عند الشافعية ، بل ربما كان في بعض عبارات غيرهم شيء من الابهام والايهام^(٦).

(٥) فتح القدير ٣٦٥/٨ ، ٣٦٦ ، رد المحتار ١٧٢/٥

ولاشك أن هذا متأثر بأعراض زمانهم . اما الآن فلما يحتاج الى مرور ثور وتكاد تكون الحاجة منحصرة في مرور العريلت والجرارات الزراعية فينبغي اتخاذ الحكم الغالب للجرارات الزراعية ميلا . هذا متعين الآن لرفع العرج والضرر ، في كل موطن بلغ من التقصم الزراعي هذا الصدد .

(٦) مفتي المحتاج ٤٢٠/٤ ونهاية المحتاج ٢٧٤/٨

(١) [ر : ف / ٤٦ ، ٦٣]

(٢) منهاج الطالبين بتعليق السراج ٢٠٢

(٣) مجمع الزهر ٥٦٦/٢

(٤) [١١٤٥]

الاجبار ، لا في قسمة الراضي - إذ للمتقاسمين أن يراضوا على ما شاعوا في مثل هذا الموضع . وجه قولهما : أن المقصود هنا هو السكنى ، ولا تفاوت في أصل السكنى بين علو وسفل ، فلا نبالي بتفاوتهما في مرافق أخرى ^(١) : من مثل استنشاق الهواء ، واتقاء الحر .

وجه قوله : أنه لا يمكن تجاهل المرافق الأخرى لتأثيرها البالغ في قيمة العين ، وإلا كانت قسمة جائزة ، والتعديل هو أساس قسمة الاجبار . ولا شك أن لكل من الطلو والسفل مرافقه الخاصة : ففي الوسع أن يتخذ في السفلى ، دون العلو ، بر أو سرداب أو اصطبل ، وإن يتقي ، في الطلو ، دون السفلى ، التأثير الضار للرطوبة على الجدران وأسفها ، وأن يستنشق الهواء في وفرة ونقاء . واغراض الناس ، إذ تتعلق بهذه المرافق ، تتفاوت تفاوتاً بعيد المدى في كل زمان ومكان .

[وتكاد ترى رأي العين عدالة هذا التوجيه] . ولذا يقول القدوري : « قوم كل واحد على حدة ، وقسم بالقيمة . ولا معتبر بغير ذلك » ^(٢) ، ويقول صاحب الهداية : « والفتوى اليوم على قول محمد ^(٣) »

١٨٦ - خلاف فرعي : بعد اتفاق أبي حنيفة وأبي يوسف على القسمة بالذرع والمساحة ، دون القيمة ، شجر النزاع بينهما في كيفية القسمة بالذرع أتكون ذراعاً من السفلى بنزاع من العلو ؟ أم ذراعاً من السفلى بلزاعين من العلو ؟ بالتالي قال أبو حنيفة ، وبالأول قال أبو يوسف .

أما أبو يوسف فجري على أصله من أن المقصود السكنى ، ولا تفاوت فيها : لأن لصاحب العلو أن يبني على علوه دون رضا صاحب السفلى أو غيره ، كما أن لصاحب السفلى أن يبني على سفله دون رضا من أحد .

٣ - نجد المذاهب الأخرى على خلافه : أخذوا بحديث أبي هريرة عند الجماعة إلا النسائي عنه صلى الله عليه وسلم « إذا اختلفتم في الطريق فاجعلوه سبعة أذرع ^(١) » . ويحرص الحنابلة هنا على التنبيه على أن حديثه صلى الله عليه وسلم في أرض مملوكة لجماعة أرادوا البناء فيها وتشاجروا في مقدار ما يتركونه منها للطريق ، وأنه لا علاقة له إطلاقاً بالطريق العام حتى يتمسك به في جواز تضييقه إلى سبعة أذرع كما هو المتبادر من كلام المالكية ^(٢) .

٤ - نص المالكية والشافعية والحنابلة على أن ليس للشريك في الطريق إشراع جناح فيه ، مهما كان ارتفاعه إلا برضا سائر الشركاء . وإن كان عند كل من المائكية والشافعية رأي بالجواز ، بشرطية عدم الضرر بحجب ضوء أو تعويق راكب مثلاً . وهو مذهب المدونة والأشبه بمذهب الحنفية ^(٣) .

المسألة الرابعة : الطلو والسفل : لبيت واحد أو لبيتين ، أو منزلين متلاصقين ، في دار واحدة ^(٤) .

١٨٥ - هل هما جنس (نوع) واحد متحد الصفة فيقسمان قسمة جمع باعتبار العين ، لا باعتبار القيمة : أي أنهما يقسمان بالذرع والمساحة ؟ ^(١) أم هما جنس واحد مختلف الصفة ، فلا يمكن تعديل قسمتهما قسمة جمع ، إلا باعتبار القيمة ؟

بالأول قال أبو حنيفة وأبو يوسف . وبالثاني قال محمد : وحل النزاع إنما هو في قسمة

(١) نيل الأوطار ٥/٢٦٢ ، الخري ٤/٢٧٧ ، قواعد ابن رجب ٢٠٢ .

(٢) قواعد ابن رجب ٢٠٢ ، هواشي الخري ٤/٢٧٧ .

(٣) الخري ٤/٢٧٨ ، منهاج الطالبين بتطبيق السراج ٣٢٥ ، دليل الطالب ١١٨ .

(٤) تصويره في حالة التمدد أن يكون أحد الامرين [الطلو والسفل] مشتركين اثنين والاخر الثالث (غنية ٨/٣٦٦)

(هـ) الكلام هنا في المساحة من السطح أو الأرض لا في البناء [ر : ف/١٨٧]

(٦) الأولى : التعيين بارتفاعات .

(٧) فتح القدير ٨/٣٦٦

(٨) فتح القدير ٨/٣٦٦

البيت التام بثلاثة اذرع من العلو وحده ، وتكون أثلاثا عند أبي يوسف ، إذ يحسب ذراع من البيت التام بذراعين من العلو فقط . وتكون القسمة عند محمد كما تقتضيه قسمة القيمة ، دون قيود .

د - بيت تام (سفل وعلو) ، وسفل فقط من

بيت آخر : بعد طلب أحد الشريكين يقسم البناء بالقيمة ، ثم تكون قسمة الساحة عند الامام على أساس ذراع من البيت التام بذراع ونصف من السفل فقط ، وتكون عند أبي يوسف أثلاثا ، إذ يحسب ذراع من البيت التام بذراعين من السفل فقط . ويقسم محمد حسب القيمة ، كيفما اقتضت .

هكذا قرر الحنفية هذه المسألة^(١) وعامة اهل الفقه مع محمد لوضوح اختلاف الصفات وتفاوت الأغراض .

وقد فرغنا سلفا من قبول هذه القسمة (الاجبار) وعدم قبولها . سواء في جعل السفل لواحد والعلو لآخر من دار واحدة أم في اختلاف الدارين ، فراجع^(٢) .

وأما أبو حنيفة ، فلما كان من أصله أن صاحب العلو ليس من حقه أن يبني على علوه إلا برضا صاحب السفل ، تحقق عنده تفاوت في المقصود - وهو السكنى - على الجملة ، وإن لم يكن ثم تفاوت في أصل السكنى : فصاحب السفل يسكن - وهذه منفعة - وله أن يبني فوق سفله ليتوسع في السكنى كما شاء - وهذه منفعة أخرى ؛ وليس لصاحب العلو إلا منفعة واحدة ، هي أصل السكنى ، دون التوسع فيها بالبناء على علوه . فإذا كان ثم منفعة واحدة في مقابل منفعتين كانت العدالة أن تكون القسمة كذلك على الثلث والثلثين ؛ لأن الثلث مع منفعتين يعدل الثلثين مع منفعة واحدة .

فالاختلاف بينهما حقيقي . من قبيل بناء مسألة على أخرى . وقد قيل بل هو صوري : وإنما نظر الامام إلى عادة أهل الكوفة في إثارة السفل على العلو ؛ ونظر أبو يوسف إلى استوائهما في عادة أهل بغداد - ولو كان كل منهما بمكان الآخر لقال بقوله .

١٨٧ - ١ - سفل من بيت ، وعلو من بيت آخر :

إذا كانا بين اثنين ، وطلب أحدهما قسمتهما ، يقسم البناء بالقيمة دون نزاع من أحد . وأما الساحة (العرصة) فتقسم بالذرع أي المساحة : ذراعا من السفل بذراعين من العلو . أي على الثلث والثلثين . عند الامام ؛ وذراعا من السفل بذراع من العلو ، أي على التساوي ، عند أبي يوسف . وعند محمد يقومون ويقسمان باعتبار القيمة ، ولا يلزم التساوي ولا التثليث : فإن استويا في القيمة قسما ذراعا بذراع ، وإن كانت قيمة أحدهما ضعف قيمة الآخر قسما ذراعا من الأعلى قيمة بذراعين من الآخر إيا ما كان وهكذا دواليك .

ب - بيت تام (سفل وعلو) ، وعلو فقط

من بيت آخر : بين اثنين وطلب أحدهما القسمة يقسم البناء بالقيمة ؛ ثم تكون قسمة الساحة ارباعا عند الامام : إذ يحسب كل ذراع من

(١) فتح القدير ٣٦٦/٨ - ٣٦٩ ، بدائع الصنائع ٢٧/٧
البحر الرائق ١٧٦/٨ ، ١٧٦
(٢) [ر : ٥٦ ، ٥٢ ، ٧٤]

الفصل الرابع

الاثار المترتبة على قسمة الاعيان

إذا تمت قسمة الاعيان على الصحة ترتبت عليها آثار شتى ، من أهمها :

١٨٨ - أولا - لزوم القسمة : إذا لم يوجد سبب للخيار ^(١) فانها لا تقبل الرجوع بالارادة المنفردة ، بمعنى أن يتقضاها واحد أو أكثر ويرد المال إلى الشركة ، دون اتفاق من جميع المتقاسمين .

وتتم القسمة بتعيين القاسم لكل واحد نصيبه . سواء أكان هذا القاسم هو قاسم القاضي أم قاسما حكموه بينهم ليقوم بهذا التعيين ، والزام كل واحد بالنصيب الذي يفرزه له - سواء أكان ذلك بقرعة أم بدونها ^(٢) . كما تم إذا اقتسموا هم بالتراضي - دون تحكيم محكم ملزم - واقرعوا اقترعا تاما خرجت به جميع الاجزاء (السهم) لأربابها : ويكفي لذلك اجراء القرعة على جميع الأجزاء عدا الجزء الأخير ؛ لأنه يتعين تلقائيا لمن بقي من الشركاء ؛ واذن فيكون لبعضهم في هذه الحالة حق الرجوع أثناء القرعة أي قبل أن تنتهي إلى هذه الغاية ^(٣) ؛ فإذا لم يستخدموا القرعة واكتفوا بالتراضي على أن يختص كل واحد منهم بنصيب بعينه ، فإن القسمة لا تتم بمجرد هذا التراضي ، بل يتوقف تمامها على قبض كل واحد نصيبه ، أو قضاء القاضي . وقد نقلوه في الهندية أولا عن صاحب الذخيرة ^(٤) ثم حكوا عنه في الصفحة نفسها المسألة التالية :

« ان كانت الدار بين رجلين فاقسما على أن يأخذ أحدهما الثلث من مؤخرها بجميع حقوقه ، ويأخذ الآخر الثلثين من مقدمها بجميع حقوقه ، فلكل واحد منهما أن يرجع عن ذلك ، ما لم تقع الحدود بينهما . ولا يعتبر رضاها بما قالا قبل وقوع الحدود ، وانما يعتبر رضاها بعد وقوع الحدود » [مع أن مجرد التخلية كاف في القبض ؛ وقد ذكر ابن نجيم في الأشباه أن

(١) راجع الفصل الخامس المقتود للطوارئ ، والفقرة ١٢ - ١

(٢) فتح القدير ٣٦٢/٨ ، الفتاوى الهندية ٢١٧/٥

(٣) رد المحتار ١٧٢/٥

(٤) ٢١٧/٥

التخلية تسليم إلا في مسائل عدها ؛ وليس من بينها القسمة ؛ فراجعها [٥٥] .

فإذا كان هناك رجوع معتبر ، أو اعتراض وعدم رضا أعلن به حيث احتيج إلى الرضا ، فإن العدول بعد ذلك إلى الموافقة على القسمة واستمرارها لا يجدي فتىلا ، لأن القسمة ترتد بالرد ^(١) .

أما الرجوع باتفاق جميع المتقاسمين فهو تقابل . وقد علمنا ^(٢) أن أصول الحنفية ونصوص بعض متونهم وشرائحهم تقتضي اطلاق قبوله . ولا بأس أن أسجل لك هنا عبارة متن تنوير الأبصار وشرحه ، وهذا نصها : « القسمة تقبل النقص ، فلو اقتسموا وأخلوا حصصهم ، ثم تراضوا على الاشتراك بينهم صح ، وعادت الشركة في عقار وغيره » ^(٣) .

١٨٩ - أما المالكية فيطلقون القول بلزوم القسمة إذا صحت ، سواء بقرعة أم بدونها . ولا تصح قسمة الاجار عندهم في غير المثل إلا بقرعة ^(٤) . ويذكرون أن من أراد الرجوع لم يمكن منه ؛ ويعلمونه بأنه انتقل من معلوم إلى مجهول ^(٥) . وهو تعليل يتبادر منه أيضا منع التقابل باتفاق المتقاسمين ؛ وقد صرح به ابن رشد الحفيد ، إذ يقول : « القسمة من العقود اللازمة ، لا يجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها ، إلا بالطوارئ عليها » ^(٦) . وهو نقيض ما صرح به الدردير في قسمة التراضي ^(٧) . لكن المدونة صريحة فيما قرره الأولون : فقد سأل سُحنون ابن القاسم : « رأيت لو أن دارا بيني وبين رجل تراضينا في أن جعلت له طائفة من الدار على أن جعل لي طائفة أخرى ، فرجع أحدهما قبل أن تنصب الحدود بيننا ؟ » ، فأجاب ابن القاسم : « ذلك لازم لهما ؛ ولا يكون لهما أن يرجعا عند مالك » ^(٨) .

(٥) الاتحاف باشباه ابن نجيم ٢٤٧

(٦) رد المحتار ١٧٦/٥

(٧) [ر : ١٥٨]

(٨) رد المحتار ١٧٦/٥

(٩) [ر : ف ١٦٠]

(١٠) الغرضي ٤١٢/٤ ، بلفظة السالك ٢٤٢/٢

(١١) بداية المجتهد ٢٧٠/٢

(١٢) بلفظة السالك ٢٣٨/٢

(١٣) [١٧٩/١٤]

الحنفية هنا أن القسمة بيع من البيوع .
١٩٠ - والشافعية والحنابلة مع المالكية في أن القسمة لا تقبل الرجوع بالارادة المنفردة ولا المجتمع ، لكن فيما كان من القسمة محض تمييز حقوق . وهذه هي القسمة بجميع أنواعها عدا قسمة الرد في قيل اعتمده الحنابلة ، وقسمة المتشابه (قسمة الافراز) وحدها في قيل هو معتمد الشافعية . أما ما هو منها بيع ، فإنهم يقرّبون فيه جدا من مذهب الحنفية : إذ هو عندهم عقد لازم بمجرد التراضي والتفرق ؛ ويقبل التقابل . كالبيع - إلا أنه إذا استخدمت القرعة توقف لزوم القسمة على خروجها ، بل - في قيل اعتمده الشافعية - وعلى الرضا بالقسمة بعد خروج القرعة . هذا في قسمة التراضي . أما في قسمة الاجبار ، فيتوقف الزوم على خروج القرعة عند الحنابلة .

« لو وقع في نصيب أحد الشريكين ساحة لا بناء فيها ، ووقع البناء في نصيب الآخر ، فلصاحب الساحة أن يبني في ساحته ، وله أن يرفع بناءه ، وليس لصاحب البناء أن يمنعه ، وإن كان يفسد عليه الريح والشمس ؛ لأنه يتصرف في ملك نفسه ، فلا يمنع منه . وكذا له أن يبني في ساحته مخرجا أو تنورا أو حماما أو رحي ، لما قلنا .
وكذا له أن يقعد في بنائه حدادا أو قصارا^(١٦) ، وإن كان يتأذى به جاره ، لما قلنا .

وله أن يفتح بابا أو كوة^(١٧) ، لما ذكرنا - ألا ترى أن له أن يرفع الجدار أصلا ، ففتح الباب والكوة أولى .
وله أن يحفر في ملكه بئرا أو بالوعة أو كرياسا^(١٨) ، وإن كان يسي بذلك حائط جاره . ولو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر على التحويل . ولو

١٩١ - ثانيا : استقلال كل واحد بملك نصيبه والتصرف فيه :

كأي مالك فيما يملك . فإن هذا هو ثمرة القسمة ومقصودها .
وعليه ينص جميع أهل الفقه بلا استثناء^(١٩) . ويذكر

(١) المهذب ٢/٢٠٩

(٢) نهاية المحتاج ٢٧٦/٨ - ذكر الشراي على التحرير ان القرعة تجب عند عدم التراضي بدونها (٢/٢٩٩) ولو كان هذا صحيحا في قسمة الاجبار لكان معناه انها لا تكون قسمة اجبار الا بعد القرعة ، اي ان رضاهم بها شريطة لزومها قبل القرعة لبعدها . وهو خلاف ما نص عليه شيخ الاسلام زكريا في شرح التهج اذ يقول : « لما قسمة ما قسم اجبارا فلا يعتبر فيه الرضا ، لا قبل القرعة ولا بعدها » (التحرير المفيد ٢٧٢/٤) فينبغي ان يكون محله قسمة التراضي . بمعنى توقف لزومها على القرعة حينئذ .

(٣) رد المحتار ١٦٦/١ ، الفروشا ٢٩٩/١ ، منى المحتاج ٨١٨/٤
المنى لابن قدامة ٤٨٨/١١

(٤) رد المحتار ١٧٦/٥ ، الفتاوى الهندية ٢١١/٥

(٥) اشباه السيوطي ٢٨٦ وكتب الاصول

(٦) في المصباح : قصرت الثوب قصرا بيضته ، والقصارة بالكسر الصنعة والتأمل قصار

(٧) في المصباح : والكوة : بلفة الحبشة : المشكاة . وقيل كل كوة غير نافذة مشكاة ايضا ... والكوة بالفتح مع حذف الهاء : لفحة .. وهو مفكر فيقال هو الكوة

(٨) في المصباح الكرواس فيقال ، بكسر الكاف : الكيف في اعلى السطح : زاد في « متن اللغته » بقية الى الارض .

باب منزله فيها ان كان ؛ وليس له حق منعها من القسمة على أية حال (٥) .

١٩٥ - رابعا : للمقاسمين احداث ابواب ونوافذ في السكة المشتركة غير النافذة : وهما يقع كثيرا . لأن قسمة الدار يترتب عليها ادخال تعديلات كثيرة ، وتهيئة مرافق لم تكن ؛ وليس لسائر الشركاء في السكة المذكورة الحيلولة دون ذلك ، لأن للمقاسمين أن يزيلوا الجدران فأولى أن يفتحوا فيها ما شاءوا من أبواب وكوى :

هكذا قرر صاحب البدائع من الحنفية ، واطلقه (٦) . والذي عند الشافعية أن الذي له أن يفتح بابا في السكة غير النافذة هو من كان من أهلها ؛ وهو من له فيها باب ؛ لا من لاصقها جداره ؛ ثم الذي له فيها باب لا يملك عندهم فتح باب آخر إلا إذا كان أقرب إلى رأس السكة . وهو مفاد متون الحنفية أيضا (٧) . لكن زاد الشافعية شريطة أخرى لفتح باب جديد ، هي أن يعلق الأول - هذا عند المشايخ ، أما بالراضى فلا كلام (٨) . [وهذا يعنى أن اللذين يقتسمان دارا لهما في درب مسدود مشترك لا يملكان فتح بابين في الدرب نفسه ، بدون رضا أهله - فليجعلاهما الأول رأس طريق لهما يفتحان فيه بابين ، لكل منهما باب على حدة] .

كما أن المالكية يصرحون بمنع فتح باب قبالة باب آخر لشريك في السكة غير النافذة ، لأنه يؤذيه ويسيء إلى أهله (٩) .

١٩٦ - خامسا : الارتفاق القديم يستمر (١٠) ما لم تشرط ازالته : مثال ذلك : روشن لك مشرف

سقط الحائط من ذلك لا يضمن ، لأنه لا صنع منه في ملك الغير . والأصل أن لا يمنع الانسان من التصرف في ملك نفسه ، إلا أن الكف عما يؤذي الجار أحسن (١١) .

١٩٢ - ولكن هذه مسألة أخرى : أعني هل يكون تصرفه في ملكه بحيث لا يضر بجاره أم أن الأمر مطلق ما لم يخرج عن الحد المعتاد . والشافعية مع الحنفية على إطلاق يده في ملكه . والمالكية والحنابلة على تقييده بعدم إيذاء الجار . هذا هو اجمال المسألة ، وإن كان يقع النزاع في بعض التفاصيل : أهو من قبيل ما يضر الجار أم لا ؟ وهل هو من الضرر المحتمل أولا ؟

١٩٣ - وتأمل عبارة خليل - فيما يمتنع من الاضرار بالجار : « يمنع دخان كحمام ، ورائحة كدباغ ، ومضر يجدار ... وحانوت قبالة باب ... لا مانع ضوء أو شمس أو ريح - إلا لأندر » والأندر هو البيدر (١٢) ، وقول صاحب دليل الطالب من الحنابلة : « وحرم على الجار أن يحدث بملكه ما يضر بجاره كحمام وكنيف ورحى وتور . وله منعه من ذلك » (١٣) ؛ وقول النووي في المنهاج في عكس ذلك : « ويتصرف كل واحد في ملكه على العادة . فان تعدى ضمن . والأصح انه يجوز أن يتخذ داره المحنوفة بمساكن حماما واصطبلًا ، وحانوته في البازين حانوت حداد إذا احتاط وأحكم الجدران » (١٤) .

١٩٤ - ثالثا - طريق الغير أو مسيله لا يدخل في القسمة ولا يمنعها :

إذا كان في الدار المشتركة بين اثنين مثلا طريق لثالث أو مسيل ماء ، فإنهما يقتسمان الدار إذا شاءا ، ويقيان طريق هذا الثالث أو مسيله كما كان . ثم ان كان يملك عينهما فذاك ، وإلا ترك له طريق بعرض باب الدار ، لا بعرض

(٥) راجع في بيع الدار والطريق بدائع الصنائع ٢٩/٧

(٦) ٢٩/٧

(٧) شرح المجلة لفتاوى ١١٧/٢

(٨) المنهاج بتطبيق السراج ٢٣٥

(٩) الفرسى ٢٧٨/٤ ، بلفه السالك ١٢٦/٢

(١٠) وأيضى الحنابلة نص بهذا لكنه في الارتفاقات المشتركة

كحق المرور (١٩١ قواعد ابن رجب)

(١) بدائع الصنائع ٢٨/٧ ، ٢٩

(٢) الفرسى ٢٧٦/٤ ، ٢٧٧

(٣) [١١٧]

(٤) ٢٩٨ بتطبيق السراج ، مضى المحتاج ٣١٢/٢

فاذا ادعى أحد المتقاسمين أبنية أو أشجاراً في غير نصيبه ، ردت عليه دعواه ؛ لأن مجرد الاقدام على قسمة الأرض اقرار بالشركة فيها وفي توابعها . بخلاف ما إذا وقعت القسمة على التوابع نفسها ؛ كأن وقعت على بناء أو شجر ، فإن لبعض المتقاسمين أن يدعي ملكية الأرض أو بعضها ؛ أو وقعت على الثمار نفسها ، فإن البعض أن يدعي ملكية الشجر ، كلا أو بعضا كذلك ، لأن الشركة في التوابع لا تستلزم الشركة في المتبوعات . وإلا انقلب الأصل فرعاً^(٧) .

وطرد الامام أبو حنيفة وأبو يوسف هذا الأصل في مغرس الشجرة ، فليس يتبعها بدون شرط . وخالفهما محمد فجعله تبعاً على امتداد عروقها العظام ، لأنها بدونها لا تكون شجرة بل خشباً أو حطباً^(٨) وهو مذهب المالكية إلا أنهم لم يقيدوا العروق بالعظام . بل منهم - ومال بعض المتأخرين إلى اعتماده - من يدخل حريم الشجرة كله ، فيشمل مائظله أغصانها وأوراقها^(٩) وتوسط الشافعية والحنابلة ، فجعلوا منفعة البقاء في المغرس إلى حين القطع تابعة ، دون عين المغرس^(١٠) .

١٩٨ - سابعا : الزرع والفاكهة ليسا من توابع الأرض : لأنها معدان للنقل لا للقرار ، كالتناع الموضوع في البيت^(١١) . فاذا قسمت الأرض لم يدخلها في القسمة - إلا إذا نص على ذلك نصاً صريحاً خاصاً أو عاماً : كأن يقال بما فيها من زرع أو فاكهة . أو بكل قليل وكثير هو فيها أو منها ؛ ولا يكفي أن يقال بجميع حقوقها أو مرافقها ، لأنها ليسا من الحقوق أو المرافق [على خلاف في المرافق ، ليس من قبيل ظاهر الرواية]^(١٢) .

على نصيب مقاسمك ، أو أطراف خشب لك على جداره ، أو أغصان شجر مدلاة في هواء نصيبه . فإن شرطت الإزالة ، فالمسلمون على شروطهم ، وإلا ، فإن السكوت بمثابة التزام الضرر . على أن هناك كان رسم - وإن لم يمكن عليه الفتوى^(١٣) - من يقول تزال الأغصان المدلاة ، ويقبسها في ذلك على أطراف الخشب الذي لا يمكن تسقيفه - فإنه لكونه لا منفعة فيه ، يعتبر شغلاً لحق الغير بغير حق ، فيستحق الإبطال . أما الذي يمكن تسقيفه ، فيلتحق بالحقوق كالروشن ، لامكان الانتفاع به . هكذا فصله صاحب البدائع^(١٤) وفي كلام الهندي من الاجمان ما قد يدخل اللبس على القارئ ، فانظره ان شئت^(١٥) .

[ولو كان ابقاء هذه الارتفاقات مشروطاً في القسمة ، لوافق الشافعية على بقائها ، لأن المسألة تكون من قبيل بيع المنافع . فلا يملك البائع الرجوع - أما مجرد الرضا بلا عوض فعارية يصح الرجوع فيها^(١٦) . على أن السكوت قد لا يكون عن رضا بل عن سهو أو غفلة] .

١٩٧ - ساسا - الأشجار والأبنية تابعة للأرض دون العكس : وقد قدمنا هذا في مطلع الفصل الثالث ، مع المذاهب فيه^(١٧) . ويترتب عليه أنه في أي حصة وجدت أشجار أو أبنية فإنها تكون لصاحب الحصة ، دون حاجة إلى التنصيص على ذلك ، أو حتى الإشارة إليه^(١٨) .

(١) رد المحتار ١٧٦/٥

(٢) [٢٩/٧]

(٣) الفتاوى الهندية ٢١١/٥

(٤) التهاج بتطبيقات السراج ٢٣٦

(٥) [ر : ف / ١٥٥ ، ١٥٦]

(٦) فالشريكان يقسمان كرماً بينهما ويحدثان طريقاً جديدة لأحدهما ذات أشجار ، وتكون هذه الأشجار لمن جعل الطريق له ملكاً . فإن كان إنما جعل له حق المرور فحسب ، فالأشجار كالطريق مشتركة (الفتاوى الهندية ٢١٦/٥)

(٧) رد المحتار ١٧٥/٥ ، ١٧٦

(٨) مجمع الآثار ١٦/٢

(٩) الخريشي وحواشيه ٩٠/٤

(١٠) التهاج بتطبيقات السراج ١٩٨ ، دليل الطالب ١٠٨

(١١) وكالتناع الموضوع في البيت ، بل هو منه ، باب الدار الذي خلغ منها ووضع فيها قبل قسمتها (الفتاوى

الهندية ٢١٧/٥)

(١٢) الفتاوى الهندية ٢١٥/٥

البناء أو الغراس بها في نصيب واضعه ، طريقا من طرق الازالة^(٢) كذا قيل ، والذي اعتمدوه أنه لا يملك حق الازلة بل حق طلبها .
وأقرب شيء إلى هذا ما قاله المالكية من أن الخيار للمغضوب منه : ان شاء تملك البناء أو الغراس بقيمته مقلوعا ؛ وان شاء أمر الغاصب بالقلع وتسوية الأرض^(٣).

أما الشافعية والحنابلة فيلزمون الغاصب بالقلع (وتسوية الأرض ، أو ضمان نقصها) وأجرتا إلى وقت تسليمها^(٤). ولكن الظاهر أن هذا عند النشاح وأنه لو وقع الاتفاق على الإبقاء بالقيمة فلا مانع منه . ولذا جاءت عبارة المهذب هكذا « وان غصب أرضا فغرس فيها غراسا ، أو بنى فيها بناء فدعا صاحب الأرض إلى قلع الغراس ونقص البناء لزمه ذلك لما روى سعيد بن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس لعرق ظالم حق »^(٥) فترك الخيار للمغضوب منه ان شاء تملك بحقه في طلب الازالة ، وان شاء تنازل أو اتفق مع خصمه - وان كان هذا الخصم لا يلزم إلا بالازالة .

٢٠٠ - وفي القوانين الحديثة أيضا يكتفون بأن هذا مفهوم غني عن الذكر : فقد جاء في شرح القانون المدني المصري للسنهوري - مما يتعلق بموضوعنا هذا قبل القسمة - ما يلي : « جاز طبقا لاحكام التقنين المدني الجديد أن يجبر الشريك الباني على ازالة البناء ، ودفع تعويض لساثر الشركاء عما عسى أن يكون هذا البناء قد الحق بالأرض من ضرر^(٦) إلا أنهم عدلوا الحكم الذي كان في القانون المدني القديم مطابقا للشرية من أن موافقة الشركاء على ابقاء البناء لا بد أن

وهذا ما لا خلاف فيه على الجملة - وان كان يقع الخلاف في البذر والفاكهة غير المؤبرة : فالمالكية على دخولهما ؛ والشافعية والحنابلة على دخول الفاكهة ، دون البذر . وهذا شيء فرغوا منه في البيوع . وتستثنى الطوائف الأربع (من حنفية ومالكية وشافعية وحنابلة) أصول الزرع الذي يجز مرارا - كالبرسيم المعروف - فيلحقونها بالشجر ويجعلونها على الأصح كالجزة من الأرض فتبعتها ، وتبقى الجزة الأولى الظاهرة فعلا غير داخله^(٧).

١٩٩ - ثامنا : البناء أو الغرس غير المشترك يقع في نصيب غير واضعه ، مستحق الازالة :

لأن واضعه إما أن يكون قد وضعه بغير إذن من وقع في نصيبه ، أو بإذنه : فان كانت الأولى فهو غاصب لحق مقاسمه هذا ؛ ومن حق المغضوب منه الزام الغاصب بالازالة مع ضمان ما ينجم عنها من نقص الأرض - وان كان له أن يعطي الغاصب خيار التزول عن البناء أو الغراس بقيمته مستحق الازالة (القلع) ، بل أن يلزمه بذلك إن كان نقص الأرض بالازالة لا شك فيه .

وان كانت الثانية فإن البناء أو الغراس لا يكون غير مشترك إلا إذا كان الآذن قد أذن في وضعه لنفسه (نفس الواضع) ؛ وإذن فهذا الآذن عارية ؛ ومن حق المعبر الرجوع في عاريته .

أما ان كان قد أذن في وضعه للشركة ، فهو من المال المشترك نفسه ، ولواضعه إذن حق المطالبة بنفقات حصته فيه ، أعني مطالبة من وقع البناء أو الغراس في نصيبه .

هذا بعد القسمة ؛ أما قبلها ، فان للشريك في حالة عدم اذنه حق الازالة أو طلبها في الحال - وتكون قسمة ما يقبل القسمة ، إذا وقع

(٢) رد المحتار ١٧٦/٥ ، مجمع الزهر ٢/٤٦٢ ، شرح المجلة للاتسي ١١٧/٤

(٣) الخري ٢/٢٥٩ ، بلفه السالك ٢/٢١٤

(٤) المذهب ١/٣٧١ ، الهجاج بتطبيق السراج ٢٧٢ ، دليل الطالب ١٣٧

(٥) المذهب ١/٣٧١ ، والحديث عند أبي داود والدار قطني ،

وهسن الحافظ في بلوغ المرام اسناده [نيل الاوطار ٢/١٩٠

٢٢٠]

(٦) الوسيط ٢/٨٢٤

(١) مجمع الزهر ٢/١٥٠ ، الخري ٤/٩١ ، منهاج الطالبين

١٩٦٠/١٩٨ ، دليل الطالب ١٠٨ ، قواعد ابن رجب ١٥٧

الفصل الخامس

احكام الطوارئ

وفيه ثلاثة فروع

الفرع الاول

الغبين

٢٠٢ - الغبن إذا كان سيرا محتملا ، فهذا قلما تخلو منه قسمة ؛ ولذا لا تسمع دعواه ، ولا تقبل بيته .

أما الغبن الفاحش - الذي لا يتسامح فيه عادة ، في كل قضية بحسبها ^(١) - فهذا هو الذي تسمع دعواه : ثم ان قامت به حجة ، من بيته من جانب المدعي ، أو اقرار من جانب المدعى عليه ، فان القسمة تكون مستحقة الفسخ ، وللمغبون أن يستقل بفسخها ^(٢) وبعد ذلك ان شاء الشركاء أو بعضهم ، أعيدت القسمة على وجهها دون جور أو تحيف ، ودون خطأ متفاحش . سواء في ذلك قسمة الاجبار وقسمة التراضي ؛ لأن التعادل شريطة صحة القسمة بكل حال ، ما لم يتزل أحد عن شيء يطيب نفس منه ، ولأن الاجبار أو القضاء مشروط بالعدالة . ^(٣) وان

تكون اجماعية ، واكتفوا في التقنين الجديد بموافقة أصحاب ثلاثة أرباع الأرض الشائعة ، شفقة بالشريك الباني ، لأنه قد يتعذر حصوله على الموافقة الاجماعية وقد يكون بحاجة إلى البناء ؛ وبسبب هذه الشفقة نفسها اعتسفت محكمة النقض في مصر تفسير « ملك الغير » الوارد في المادة ٦٥ من القانون المدني المصري السابق فاعتبرت الشريك الباني في الأرض المشتركة ليس بانبا في ملك الغير وان كان لشريكه حق شائع في موضع بنائه ؛ إذ يكفي أن يعطى هذا الشريك الحق في طلب افرار نصيبه ، أي طلب القسمة ، ثم تنتظر نتائجها : فان وقع البناء في نصيب الباني فقد تبين أنه بني في ملكه ؛ وإلا فلن وقع البناء في نصيبه طلب إزالته أو ابقاؤه بالشروط التي قررها القانون ^(٤) وهذا - وان كان مبنيا على نظرية قانونية حديثة ، ما تزال محل جدل ، تقرر أن القسمة كاشفة لا نافلة ^(٥) - يمكن أن يكون تفسيرا لعبارة صاحب تنوير الابصار فقد جاءت هكذا : بني أحدهما بغير إذن الآخر ، فطلب شريكه رفع بنائه ، قسم : فان وقع في نصيب الباني ، فيها ، وإلا هدم ^(٦) فان ظاهره تعيين القسمة ، على خلاف فيه كما أسلفناه ^(٧).

٢٠١ - أما البناء الذي وافق عليه الشريك ، فله في القانون المدني المصري نفس الحكم الذي قررناه : أعني أنه يكون على الشريك الموافق تكاليف بناء حصته ، ويكون الشريك الباني بمثابة الوكيل ^(٨).

(١) في تعريفات الجرجاني : اليسر ما يدخل في تقويم مقوم والمفلس ما ليس كذلك .

(٢) الكفلية مع فتح القدير ٢٧٢/٨ .

وقع في كلام بعض الحنفية التصريح بان القسمة حينئذ تكون باطلية (رد المحتار ١٧٥/٥)

(٣) على هذا جرى التقنين الفرنسي (الوسيط للنسور ٩٠١/٢)

وشد التقنين المصري فلم يجز الطعن بالغبين في القسمة

القضائية، ونص في قسمة التراضي على أن التمييز

بإكمال الحصة - ولو بنقود - يسلب المغبون حق الفسخ

ثم لم يعتد بالغبين مالم ترد قيمته عن قيمة خمس النصيب

حال القسمة (م ٤٥ مدني) ، (الوسيط للنسور ٨٩٩/٢)

وقد ترتب على هذا التقدير للغبين المرحص في الفسخ =



(١) الوسيط للنسور ٨٢٤/٢ ، ٨٢٥

(٢) الوسيط للنسور ٩٤٨/٢ - ٩٥٦

(٣) رد المحتار ١٧٦/٥

(٤) [ر : ف / ١٩٩]

(٥) الوسيط للنسور ٨٢٥/٢

لا مطعن له فيها (٣) فهذه دعوى لاتسمع ، لمكان التناقض بينها وبين الاقرار السابق :

٢٠٣ - هكذا يتلخص مذهب الحنفية ، في دقة ووضوح . وان كان منهم من يعبر بالغلط ، بدل الغبن ، إذ لا شك أن الغبن قد يكون بسبب الغلط (٤) - وان كان أيضا قد يكون جورا متعمدا ، فيكون أحق بالازالة (٥).

وهو ، كما ترى ، لم ينظر فيه إلى سبق الاقرار باستيفاء الحق إلا في حالة تجرد الدعوى مما يستند لها .

ولكن من الحنفية من لا يغفل النظر إليه بحال ، ويطرد التناقض حتى بين هذا الاقرار والدعوى المدعمة بالحجة والبرهان ، كشهادة رجلين عدلين خيرين ؛ ويرى من أجل ذلك أن لا تقبل الدعوى المسبوق بهذا الاقرار إلا في إحدى حالتين اثنتين ، لانتفاء معنى التناقض فيهما :

أ - حالة تضمن الدعوى معنى الغصب : كأن يدعى انه بعد ما قبض حقه أخذ مقاسمه بعضه - كما يقع كثيرا في التنازع على الحدود - وينكر هذا المقاسم .

وفي هذه الحالة ان كان للمدعي بينة قضى له بها - ولو كانت للآخر بينة أيضا ، ترجيحاً لبينة الخارج . وان لم تكن له بينة وطلب يمين خصمه حلف له .

[ولكن في الحقيقة ليست هذه من دعوى الغبن في القسمة في كثر أو قل] .

كان ثم من يستثنى قسمة التراضي لغلبة معنى المعاوضة فيها ؛ والغبن لا تأثير له في بيعات الملاك (١) . ولا يختلف الحكم لو كان مع المدعي عليه أيضا بينة معارضة . لأن بينة الخارج تقدم (٢) أما مجرد دعوى الغبن التي لا تستند لها حجة ، فهذه ان لم يكن قد سبق من صاحبها اقرار باستيفاء حقه تسمع دعواه ويستحلف له - ان شاء - من يدعي قبله ، لأنه يدعى ممكناً ، وذلك ينكر « والبينة على من ادعى واليمين على من أنكر » : فان كان المدعي قبله اثنتين ، فحلف واحد ونكل الآخر ، يجمع النصيبان نصيب المدعي ونصيب الناكل ، ويقسم المجموع بينهما بنسبة حقيهما ؛ لأن النكول حجة في حق الناكل ، دون الخالف .

أما دعوى الغبن المجردة من الحجة والمسبوق باقرار المدعي باستيفاء حقه - ولو اقراراً ضمناً : كأن شهد بصحة بيع مقاسمه حصته ، وانه

= مفاجأة صارخة لروح العدالة ، كما ترى في المثال التالي وتنتقل له بنصه كما ذكرناه .

(إذا فرضنا ان قدرت قيمة المال الشائع بببلغ ٥٠٠٠ جنيه، وكان هناك شركاء خمسة بخصص متساوية ، كان الواجب ان تكون قيمة النصيب المقر لكل شريك ١٠٠٠ جنيه . ويجب حتى يعتبر الشريك مغبوناً في هذه القسمة ، ان تنزل قيمة المال المقر الذي وقع في نصيبه عن الأربعة الأقسام حتى يكون مغبوناً في أكثر من الخمس ، اي يجب ان تكون قيمة المال الذي وقع في نصيبه اقل من ٨٠٠ جنيه . أما اذا كانت هذه القيمة ٨٠٠ جنيه او أكثر فانه لايجوز له ان ينقض القسمة للمغبن . فإذا فرضنا ان أربعة من الخمسة الشركاء كانت قيمة نصيب كل منهم ٨٠٠ جنيه ، فيكون مجموع نصبة الأربعة ٣٢٠٠ جنيه ، وأخذ الشريك الخامس الباقي ، اي أخذ ١٨٠٠ جنيه ، فبالرغم من التفات الكبير بين نصيب الشريك الخامس ونصيب كل من الشركاء الأربعة لايجوز لأي من الشركاء الأربعة ان يطلب نقض القسمة للمغبن لأن الغبن الذي أصاب كلا من الشركاء الأربعة لايزيد على الخمس (الوسيط للمنهوري ٩٠٣/٢ ، ٩٠٤) .

(٣) شرح المجلة للثاني ٦٩/٤

(٤) في الثنتين الغنى المصري او بالهرى الفرنسي ، يقولون :

إن الخطأ في الحساب يصحح ، ولا يبطل به القسمة ولا

تنقض (وسيط السنهوري ٩٠٢/٢)

(٥) بدائع الصالح ٣٦/٧

(١) الضاية مع فتح القدير ٣٧٨

(٢) ردالمحتار ١٧٤/٥ ، ١٧٥

أن الغبن إذا ثبت وقوعه عمداً أو خطأً بحجة قامت عليه ^(٧) فإن لمدعيه الحق في نقض القسمة ^(٨) وإلا فليس له على خصمه سوى اليمين . إلا أنهم يخالفونهم في ثلاثة مواضع : عدا المشهور من ذهابهم إلى تقديم بينة ذي اليد .

الموضع الأول : أنهم لا يفرقون بين سبق اقرار المدعي باستيفاء حقه وعلمه .

الموضع الثاني : أنهم لا يفرقون بين الغبن الفاحش واليسير . وإن كان من المالكية - كابن

(٧) يشرح بعض الشافعية بأن منها علم القاضي ، أو شهادا وبيننا [نهاية المحتاج ٢٧٦/٨] ويجزم مثلهوم بأنه لا يكتفى هنا رجل وامرأتان ولا رجل وبين [التاجريد المجلد ٢٧٧]

(٨) وقع في كلام بعض الظهاللة التصريح بطلان القسمة حينئذ ونص عليه الشافعية هنا فيما إذا ثبت الغلط في كحل أو وزن الربوي ، كما نصوا على أن البطلان حينئذ لا يجادل الخلاف لمنى الربا [منى المحتاج ٢٥٠/٤] والمضى ابن قدامة ٥٨/١١ والفروع ٨٥١/٢ ويسدو أن البطلان مطلقاً لا في خصوص هذه الجزئية - هو مقصود الشافعية هنا بقولهم « نقضت القسمة » ، كما رأينا مصرها به في كلام الظهاللة وبعض الظنية ، اعنى أنهم يعنون أنه بلبوت الغبن يبين الإقسمة ، وليس النقض إلا مجرد اظهار لهذه الحقيقة . يدل على ذلك امران : الاول : أنهم عبروا بالنقض أيضاً بالقسمة للقسمة التي هي بعض تمييز حقوق ، مع أن حقيقة القسمة حينئذ لا توجد أصلاً مع الغبن . الثاني : أنهم قاموا بنقض القسمة بلبوت الغبن على نقض قضاء ألقاضي بلبوت ظله [منى المحتاج ٢٥٠/٤] وقد قلوا في تفسير نقض هذا القضاء - في مجازته - أنه يبين أن الحكم في الواقع ، وليس النقض إلا مجرد اظهار لبطلانه [التاجريد المجلد ٢٥٠/٤] . لكن عبارة بعض حواشي المالكية هكذا : « كان له (أي المدعى الغبن) النقض » [الفرعي ١٢/٤] .

ب - حالة اقرار المدعي عليه . كما قرره صاحب المبسوط إذ يقول : « اقتسما الدار واشهدا على القسمة والقبض والوفاء ، ثم ادعى أحدهما بيتاً في يد صاحبه ، لم يصدق إلا أن يقر به صاحبه ، لأنه متناقض » ^(٩) .

وهذه طريقة القدوري وصاحب الهداية وجماعة من المفتين ، كقاضي خان ^(١٠) .

[ولا يخفى مجافاتها لروح العدالة] ، إذ كيف ينكر على المدعي حقه بعد ما ظهر كالشمس الطالعة لمجرد أنه أقر خطأً باستيفائه ! أو كما يقول صدر الشريعة - على بعض قصور فيه - « أنه اعتمد على فعل القاسم في اقراره ، ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله ، فلا يؤاخذ بذلك الاقرار عند ظهور الحق » ^(١١) .

ولذا اعتمد ابن عابدين الطريقة الأولى ، تبعاً لما جزم به أكثر أصحاب المتون ، وسبقه إليه آخرون : كصاحب المواهب والاختيار ، إذ يقول الأول : « تقبل بيته ، وقيل لا » ويقول الثاني : « وقيل لا تقبل دعواه للتناقض » ^(١٢) .

[ومن عجب بعد هذا كله أن يجرؤوا في المجلة العدلية ^(١٣) على الطريقة الثانية ضارين بالمنطق الصحيح عرض الحائط] .

٢٠٤ - والأئمة الثلاثة يوافقون الخنفية ^(١٤) على

(١) رد المحتار ١٧٤/٥

(٢) فتح القدير ٣٧٠/٨ ، رد المحتار ١٧٤/٥

(٣) رد المحتار ١٧٤/٥

(٤) رد المحتار ١٧٤/٥

(٥) [م ١١٢٧]

(٦) لكن بشرطية تفريدها المالكية ، وهي أن لا يتقدم المهد بالقسمة ، أي أن لا ينص عليها مدة تسهر بالرضا ، وهذا بعضهم بعم ، وهو الذي عليه القانون المدني المصري [الوسيط للسنة ٩٠٦/٢] ، وسلبه جماهيرهم فيما لم يتفاهش ، أما فيما يتفاهش فقد هذا بعضهم بنصف عام ، وتركها للعرف الآخرون ، ومنهم من نص على أن المدعي يحلف بكل حال أنه ما اطلع قبل ذلك على الغبن ورضي به الفرعي وهو اثنى ١٢/٤ وبلغه السالك ٢٤٤/٢

٢٠٦ - ١ - لأن ما ادعاه محتمل ثبت ببينة عادلة، فأشبه ما لو شهد على نفسه بقبض الثمن أو المسلم فيه ثم ادعى غلطا في كيله أو وزنه .

وقولهم إن حقه من الزيادة سقط برضاه لا يصح ؛ فإنه انما يسقط مع علمه . أما إذا ظن أنه أعطى حقه فرضي ، بناء على هذا ، ثم بان له الغلط ، فلا يسقط به حقه ؛ كالثمن والمسلم فيه : فإنه لو قبض المسلم فيه بناء (١٠) على أنه عشرة مكاييل راضيا بذلك ثم ثبت أنه ثمانية ، أو ادعى المسلم إليه أنه غلط فاعطاه اثني عشر ، وثبت ذلك ببينة ، لم يسقط حق واحد منهما بالرضا ، ولا يمنع سماع دعواه وبينته .

٢ - ولأن المدعى عليه في مسألتنا ، لو أقر بالغلط لنقضت القسمة . ولو سقط حق المدعي بالرضا لما نقضت القسمة باقراره ؛ كما لو وهبه الزائد .

٣ - وقد ذكر أصحابنا وغيرهم فيمن باع دارا على أنها عشرة أذرع ، فبان تسعة أو أحد عشر ، أن البيع باطل في أحد الوجهين ، وفي الآخر تكون الزيادة للبائع والنقص عليه ؛ والبيع انما يلزم بالراضي - فلو كان الراضي يسقط حقه من الزيادة ، لسقط حق البائع من الزيادة وحق المشتري من النقص ، والله أعلم .

٢٠٧ - ٤ - ولأن من رضي بشيء بناء على ظن تبين خلافه لم يسقط به حقه ؛ كما لو اقتسما شيئا وتراضيا به ، ثم بان نصيب أحدهما مستحقا .

فان قيل فلم لا نعطي المظلوم حقه في هاتين المسألتين (يعني قسمي الاجبار والراضي بعد ثبوت الغبن) ولا تنقض القسمة ، كما لو تبين الغلط في الثمن أو المسلم فيه ؟ قلنا لأن الغلط هنا في نفس القسمة بتفويت شرط من شروطها ، وهو تعديل السهام ، فتبطل لفوات شرطها . وفي السلم والثمن الغلط في القبض دون العقد ،

أبي زيد - والحنابلة من يوافق الحنفية على اشتراط أن يكون الغبن فاحشا (١) .

الموضع الثالث : انهم يفرقون بين قسمي التراضي والاجبار (٢) . ويقصرون النقص بثبوت الغبن على قسمة الاجبار دون التراضي (عكس القانون المدني المصري) لنفس المعنى الذي أبداه بعض الحنفية ، إذ ذهبوا إلى هذه التفرقة عينها (٣) أو - ان شئت بعبارة هؤلاء - لأن في قسمة التراضي رضا بترك الزيادة ، كما لو اشترى شيئا وغبن فيه (٤) . اللهم إلا إذا جرينا في قسمة التراضي على أنها محض تمييز حقوق ، فحينئذ تنقض أيضا بثبوت الغبن ؛ لأن أصل معناها لا يتفق معه (٥) .

٢٠٥ - على أن منهم - على القول بأنها بيع - من لا يفرق بينها وبين قسمة الاجبار ، كما هو معتمد الحنفية ، وهذا هو الذي جرى عليه خليل من المالكية وشهره - وان استثنى قسمة التراضي التي لم تبين على تقويم ولا تعديل ولم يعقدها وكيل ، كما قبلوه (٦) ؛ لأنها على هذا النحو لا تشبه قسمة القرعة (٧) - وجرى عليه الاضطحاري من الشافعية (٨) وابن قدامة من الحنابلة وله في ذلك عبارة جامعة يحسن اثباتها هنا ، كما هي ، وهذا نصها : « والصحيح عندي أن هذه كالتي قبلها ، وأنه متى أقام البينة بالغلط - أي أنه أعطى دون حقه - كما في عبارة له سابقة (٩) » نقضت القسمة (لوجه التالفة) :

(١) بلفظ المسالك ٢/٢٤٤ ، الفروع ٢/٨٥١ ، الانصاف ٢٥٩/١١

(٢) عبارة المالكية : بين قسمة القرعة وغيرها [بداية المجتهد ٢/٢٧٠] وعبارة الحنابلة بين ما إذا قسم قاسم القاضى أو من هو بصفته وما إذا لم يكن الأمر كذلك [معنى ١١/٥٠٦]

(٣) ر ٢٠٢/ف

(٤) معنى المحتاج ٢/٢٥٠

(٥) نهاية المحتاج ٨/٢٧٦ ، الانصاف ١١/٢٥٢

(٦) القسمة وهو اشبهها ٢/٧١

(٧) الغرضي ٤/١٢٢

(٨) المذهب ٢/٢٠٩

(٩) ٥٠٧/١١

(١٠) أي معتقدا أنه عشرة

فان العقد قد تم بشروطه فلا يؤثر الغلط في قبض عوضه في صحته ؛ بخلاف مسألتنا^(١).

[ومن المفارقات اللطيفة أن هذا الذي نفاه من الاكتفاء عن نقض القسمة برد النقص على صاحبه هو الذي اقتصر عليه بعض كتب الخنابلة المتأخرة^(٢) ولكن لا عجب فقد تركوا أصل قوله في التسوية بين قسمي الاجبار والراضي] .

تنبه :

٢٠٨ - هل تسمع دعوى الحيف أو الغلط على القاسم نفسه ؟ يقول الرملي من الشافعية في نهاية المحتاج : ولا تسمع على قاسم الحاكم ، لأنه لو أقر لم تنقض^(٣) ومعنى ذلك أنها تسمع على قاسم غيره فحسب . ولكنه يضيف أن الزركشي بحث سماعها على قاسم الحاكم ، رجاء أن يثبت صدق الدعوى ، فبرد الاجرة ، ويغرم للمغبون ما غبن به : كما لو قال قاض غلطت في الحكم ، أو تعمدت الحيف^(٤) وقيده الخطيب في معنى المحتاج بما إذا لم يصدقه الشريك المدعى عليه ، وإلا نقضت القسمة^(٥) [وهو مفهوم غني عن البيان] .

الفرع الثاني

العيب

٢٠٩ - لم يحكم ببطان القسمة بظهور العيب في بعض الانصباء إلا الخنابلة . وليس هو أصل المذهب ، وإنما أبوه احتمالاً ، بناء على أن التعديل من شرائط القسمة^(٦) .

وفيما عدا ذلك نجد الحنفية والشافعية والحنابلة يحلون أحكام العيب هنا على أحكامه في البيع . ولا يزيد أكثرهم على القول بأنه إذا وجد أحد المتقاسمين بنصيبه عيباً ، فإن له حق الرد بالعيب ،

(١) المغني ٥٠٨/١١ .

(٢) مطلب اولي النهي ٥٦٢/٦ كما قاله المنتون الوضيمون في صحيح خط المصنف ر ف : ٢٠٣ تطبق ؛

(٣) نهاية المحتاج ٢٧٦/٨

(٤) ايضاً نهاية المحتاج ٢٧٦/٨

(٥) ٤٢٥/٤ .

(٦) المغني ٥١٠/١١ ، والاتصاف ٣١٢/١١

كما في البيع . وكل ما زاده الحنفية شيء مستغنى عنه وهو التنبيه على انه إذا وجد مانع من الرد فإن واجد العيب لا يرجع بتمام النقصان كما في البيع بل بنصفه (أي إذا كانت الشركة بين اثنين على سواء) من نصيب شريكه ، نظراً لما بين طبعي المحلين من تفاوت^(٧).

٢١٠ - والذين بسطوا الموضوع وأوسعوه بحثاً وتفصيلاً هم المالكية ، إذ يبدعون بتقرير مبدأ الرد بالعيب ، كما قرره الحنفية ، من غير فرق بين عقار ومنقول أو قسمة اجبار وقسمة اختيار ، وبالتصریح بأن لواجد العيب أيضاً حق التماسك^(٨) ، أي الامتناع عن الرد ، لكن دون أن يرجع بشيء لأنه المقصر بترك الرد . ثم يفرقون في الرد بين حالتين :

٢١١ - الحالة الاولى : أن يكون العيب في أكثر

النصيب^(٩) : وفي هذه الحالة يكون من حق واجد العيب أن يرد نصيبه بأسره ، وينقض القسمة . واذن تعود الشركة كما كانت ان كان النصيبان^(١٠) قائمين : لم يفوتا ولا أحدهما ، كلا أو بعضاً ، وإلا فلكل من السالم والفائت حكمه : فالسالم شركة كما كان - وبمثابة السالم مثل المثلي الفائت - والفائت القيمي يرد من فات بيده نصف قيمته^(١١) يوم قبضه أياه ،

(٧) بدائع الصنائع ٢٨/٧ ، والمجلد ٢/٢٠٩ ، ومغني المحتاج ٤٢٦/٤ ، والمغني ٥١٠/١١

(٨) التعبير القداول عند غيرهم : الامساك

(٩) في كلام ابن القاسم في الدونة انزال الجزء الاهم منزلة الجزء الاقل ، فقد سأل سحنون عن اثنين تقاسما فاخذ احدهما نخلاً ودورا وحيواناً ، واخذ الآخر بزاً وعطراً وجواهر ، وتراضيا على ذلك فوجد احدهما في بعض ما صار له عيباً - وليكن الجواهر وحدها ، او بعض الطر - اريد ما يوجده عيباً نصيباً ؟ ام جميع نصيبه ؟ فاجاب ابن القاسم : ان كان العيب هو وجه ما صار له رد جميع نصيبه (الدونة ٢٠٥/١٤)

(١٠) وتقرض ان الشركة كانت بين اثنين مناصفة .

(١١) صحح القرشي العبارة (وهي عبارة خليل) بقبضة

النصف (٤١٤/٤) .

٢١٤ - وفي التقنين المدني المصري ، لا يفردون العيب ببحث : ويكتفون بإعطائه أحكام الغبن إذا بلغت قيمته أكثر من الخمس^(٥).

الفرع الثالث

الاستحقاق

٢١٥ - إذا استحق جميع المال المقسوم تبين أن لا قسمة ، لأنها لم تصادف محلا . وإذا استحق نصيب أحد المتقاسمين بأسره بطلت القسمة ، ورجع من كان أخذه شريكا في بقية المقسوم ، كأن لم تكن قسمة ، باعتبارها كل المال المشترك حيث^(٦) . أما إذا استحق بعض نصيب أحد المتقاسمين (ولنفرضهم اثنين على التساوي) فإن القسمة تبطل في القدر المستحق : ثم هل تستأنف القسمة أو لا تستأنف ؟ وهل يثبت الخيار أو لا يثبت ؟ تبين الجواب بتتبع الاحتمالات الممكنة في الموضوع ؛ وهي احتمالات أربعة : لأن المستحق إما أن يكون بعضا معينا أو شائعا ، وعلى كل إما أن يكون في كلا النصيبين أو في أحدهما .

فلنتناولها بالبحث تباعا ، مع ملاحظة أن لا فرق في ذلك بين قسمتي الاجبار والراضي^(٧).

٢١٦ - الحالة الأولى : أن يستحق بعض معين من نصيب واحد فحسب : وفي هذه الحالة لا يكون لزاما أن تفسخ القسمة عند الحنفية ، إذ لا ضرر على المستحق ؛ ويعطى الخيار للمستحق منه : ان شاء رجع بقسطه (ما يخصه فيما استحق) في نصيب شريكه - فإذا استحق منه النصف

على شريكه ؛ ولم يعتبروا القيمة يوم القسمة ، لأن حق الرد يجعلها كالبيع الفاسد . فإذا فات النصيبان كلاهما ، فإن واجد العيب هو الذي يعود بنصف ما زادته قيمة نصيب شريكه على قيمة نصيبه هو^(١) يوم القبض .

٢١٢ - الحالة الثانية : أن يكون العيب في

النصف فاقبل : وفي هذه الحالة لا يكون لواجد العيب حق نقض القسمة ، ورد نصيبه كاملا . وإنما يكون له الرجوع بنصف البعض الميعب على نصيب شريكه قيمة : فإذا فرضنا أن القدر الميعب من نصيب واجد العيب هو ثلثه فإنه يرجع بنصفه وهو السدس على نصيب شريكه فيستحق قيمة سدس نصيب شريكه هذا ، ولا يعود شريكا فيه . ولكن صاحب النصيب السليم يعود شريكا في الثلث الميعب بحق نصفه^(٢) أي بنسبة ما أخذ منه .

تنبيه :

٢١٣ - نكر الملكية هنا مما يفوت به

النصيب : الهدم والبناء ، والصدقة والوقف وحالة السوق في غير العقار ، وطحن القمح . لكن ان كان القوات بالطحن ، في النصيب السليم ، فعلى صاحبه مثله كيلا ، وان كان في النصيب الميعب فعلى صاحبه قيمته ، لأن العيب يخرجها عن المثلية : ثم يكون هذا وهذا شركة بينهما^(٣) .

وكل من أثبت من أهل العلم الرد بالعيب في القسمة ، فانما فرض كلامه - ان كانت القسمة قسمة تراض - فيمن كان جاهلا بالعيب عند القسمة . وقد صرح به الحنابلة^(٤) .

(١) قياس تصحيح الفرعي السابق ان يقال هنا : يرجع بملازنته قيمة نصف النصيب السليم على قيمة نصف النصيب الميعب .

(٢) ولنفرض ان الشركة كانت بين اثنين مضافة

(٣) المدونة ٥٠٢/١٤ ، ٥٠٤ ، والفرعي ٤١٢/٤ ، ٤١٤

(٤) المغني ٥١٠/١١

(٥) الوسيط للمنهوري ٩٧٢/٢

(٦) رد المحتار ١٧٤/٥ ، وبدائع الصنائع ٢٤/٧ ، والتهفة وهو اشبه ٧٤/٢ ، ونهية المحتاج ٢٧٦/٨ .

وفي التقنين المدني المصري : من استحق نصيبه كله لا يملك حق الفسخ - وأولى إذا استحق بعض نصيبه على التامين أو الشروع - وإنما له حق التعويض على سائر المتقاسمين بنسبة حصصهم وبحسابه واحدا منهم

(الوسيط للمنهوري ٩٧١/٨ ، ٩٧٢)

(٧) الفتاوى الهندية ٢٢٥/٥ ، ومطالب الولي النهي ٥٦٢/٦

رجع بالربع - وان شاء نقض القسمة ، واستأنفا قسمة جديدة ؛ لثلا يتفرق عليه نصيبه : فالمستحق منه أيضا لا ضرر عليه ، ما دام الخيار بيده . نعم ان عجز عن رد ما وراء ما استحق منه - كأن كان باع منه شيئا - فان هذا الخيار يتزع من يده ، ولا يكون له حق نقض القسمة ، ولا يبقى له إلا حق الرجوع بما يخصه فيما استحق منه ^(١).

٢١٧ - وبعض المالكية يفسرون مذهبه على هذا النحو من الخيار إذا كان المستحق من النصف إلى الربع ، أي تجاوز الربع ولم يتجاوز النصف (بالنسبة إلى النصيب الذي استحق منه) فيصدق - فيما يصدق - بالنصف نفسه ، وبالثلث . لكنهم لم يعتملوه - وان كان هو نص أشهب ، لأنه خلاف مذهب المدونة ^(٢) . وقرروا الخيار على نحو آخر ، يتلخص في أن المستحق منه ان شاء تماسك ، ولم يرجع على شريكه بشي ؛ وان شاء رجع عليه شريكا في نصيبه بقدر ما يخصه هو فيما استحق منه . وضربوا لذلك مثلا [يمكن تعديله] إلى دارين أخذ كل من المتقاسمين دارا منهما ثم استحق من أحدهما نصف داره : فان له أن يتماسك ، ولا شيء له ؛ وله أن يرجع شريكا بربع الدار الأخرى ، ان كانت قائمة - فان فانت رجع على صاحبها بربع قيمتها يوم قبضه إياها ^(٣) أما إذا كان البعض الذي استحق أكثر من نصف النصيب الذي وقع فيه أو كان ربه فأقل ، فلا خيار للمستحق منه في كلتا الحالتين . بل تنفسخ القسمة في الحالة الأولى ، وترجع الشركة كما كانت ؛ وتبقى لا حق في نقضها في الحالة الثانية ، وليس للمستحق منه إلا الرجوع على مقاسمه بنصف قيمة ما استحق منه هو ؛ ولا تعلق له بنصف ما يقابله من نصيب شريكه : فلا هو يرجع شريكا به ، ولا هو

يستحق قيمته - وان وهم بهذا الأخير بعضهم ^(٤). ٢١٨ - أما الشافعية والحنبلة فقد أطلقوا القول ببطان القسمة ؛ لأن ما يبقى لكل من المتقاسمين ليس قدر حقه ، فيحتاج أحدهما إلى الرجوع على الآخر، وتعود الاشاعة ^(٥). [وهو منطق شديد الوضوح قوى الاسر] . وليس معنى البطان إلا أن القسمة لم تتحقق أصلا بمعناها المقرر شرعا ^(٦) وقد استثنى العز بن عبد السلام ما لو استحق من نصيب أحد الغائمين عين لمسلم : كان قد استولى عليها الحريون ، مع كوة الجند ، ومشقة النقض - فيعوض من استحققت منه خمس الخمس ، وتغضى القسمة ^(٧).

٢١٩ - الحالة الثانية : أن يستحق بعض معين من النصيبين : وفي هذه الحالة أيضا لا تنفسخ القسمة ، ان تساوى البعضان المستحقان : كهذه الخمسة الأذرع من هذا النصيب ، وهذه الخمسة الأذرع من ذاك . أما ان تفاوتتا - كهذه الستة الأذرع من هذا ، وهذه الأربعة الأذرع من ذاك ^(٨) فان المستحق منه الأكثر يحق له أن يفسخ القسمة ؛ لأنه سيحتاج إلى الرجوع بما يخصه في الزيادة - وهو ذراع في مثالنا - على صاحبه في نصيبه ، فيتفرق عليه حقه . فان رضي بهذا التفرق فذاك شأنه ، لا اعتراض عليه فيه ^(٩). هكذا يقرر الحنفية .

٢٢٠ - وقد أشار المالكية إلى هذا الموضوع بعبارة موجزة إذ يقولون : « إذا كان الاستحقاق في النصيبين أو الانصباء ، فانه لا كلام لواحد

(٤) الخرشى ٤١٤/٤ ، التحفة وهواشيها ٧٤/٢

(٥) نهاية المحتاج ٢٧٦/٨ ، ومطالب أولى النهى ٥٦٢/٦

(٦) مغني المحتاج ٤٢٦/٤ ، والمغني لابن قدامة ٥٠٩/١١

(٧) مغني المحتاج ٤٢٦/٤

(٨) والفرض تساوي النصيبين ، والا فاعرفي انما هو التساوي النسبي ، أي ان تكون نسبة ما استحق من هذا إلى نصيبه هي نسبة ما استحق من ذاك إلى نصيبه

(قواعد ابن رجب ص ٤١٥)

(٩) رد المحتار ١٧٥/٥

(١) الفتاوى الهندية ٢٢٥/٥ ، ورد المختار ١٧٤/٥

(٢) التحفة وهواشيها ٧٤/٢

(٣) الخرشى ٤١٤/٤

نصيبه شيئا ضمن حصته شريكه فيما باع ، لأن القسمة تنقلب بالاستحقاق فاسدة ، والمقبوض بالفساد مملوك ، فينفذ بيعه ، لكنه مضمون بالقيمة ، فعليه هذا الضمان هنا .

وقد ذكر الطحاوي والحاكم الشهيد أن محمد بن الحسن هنا مع أبي يوسف . وليس كذلك ، فمحمد مع الامام - كما روى ابن سماعة وابن رستم - على رفض قوله ، لأن ظهور مثل هذا الاستحقاق ، الذي ليس هو في كل نصيب ، لا يخل بمقصود القسمة الذي هو التمييز والافراز ؛ ولذا تصح القسمة لو انشئت هكذا منذ البدء : كما لو كان مقدم الدار مشتركا بين ثلاثة ، ومؤخرها بين اثنين منهم ، فاقسم الاثنان على أن لأحدهما نصيبهما في المقدم مع جزء معين من المؤخر وللآخر الباقي (٤) . واذن فلا مانع من بقاء القسمة على الصحة ، ويكون حكم هذه الحالة - عند الامام ومحمد - هو بعينه حكم الحالة الأولى (حالة استحقاق بعض معين في نصيب واحد) (٥) .

وهو أيضا كذلك عند المالكية لا يختلف عن حكم الحالة الأولى عندهم بما قدموه فيها من تفاصيل (٦) .

أما الشافعية والحنابلة فيقضون بالبطلان لعدم وصول كل متقاسم إلى حقه . وهو في المعنى تعليل أبي يوسف ، فهم يوافقونه حكما وتعليل (٧) .

٢٢٢ - الحالة الرابعة : أن يستحق بعض شائع من النصيبين : وفي هذه الحالة يمكن أن يتساوى البعضان المستحقان (تساويا نسبيا) ، كما لو استحق على الشيوع نصف أو ثلث الدار المقسومة

منهما أو منهم لاستواء الكل في ذلك (١) . [وواضح أنه لا يلزم الاستواء : فقد يستحق من واحد أكثر مما يستحق من الآخر ، كما مثلنا آنفا . ولعلمهم عند التفاوت ينظرون إلى الزيادة فحسب ، ويجعلونها من قبيل الاستحقاق من واحد .]

أما الشافعية والحنابلة فيوافقون على بقاء القسمة في الباقي في حالة تساوي المستحق من كلا النصيبين ، لعدم التراجع ؛ ولكنهم عند تفاوته يقضون ببطلان القسمة ، لأنه مع الحاجة إلى التراجع لا يتحقق أصل معناها (٢) . على أن الحنابلة يستثنون من الصحة عند التساوي ما إذا كان ضرر المستحق في نصيب أحدهما أكثر منه في نصيب الآخر - كأن كان يسد طريقه ، أو مجرى مائه ، أو يمنع عنه الضوء والهواء - ويحكمون ببطلان القسمة حينئذ ، لفوات معنى التعديل (٣) . [ولا أحسب الشافعية يخالفون عن هذا لأنه لا تساوي إذن في واقع الأمر] .

٢٢١ - الحالة الثالثة : أن يستحق بعض شائع في نصيب واحد : كما لو اشترك رجلان في قطعة أرض على الشيوع وغاب أحدهما ، واشترى الآخر قطعة أخرى ضمها إلى الأولى ثم مات وورثه ابنه واقتسما الأرض كلها (القطعتين) مناصفة وهما لا يعلمان ؛ فعاد الشريك الغائب وأثبت استحقاقه في القطعة الأولى وقد وقعت في نصيب أحدهما ؛ وفي هذه الحالة يرى أبو يوسف أن لا مفر من نقض القسمة ، أي الحكم بفسادها ، لأن مقصودها لم يتحقق ، وهو تمييز الانصباء بعضها من بعض ؛ لبقاء الشيوع في النصيب الذي ظهر فيه الاستحقاق بمجرد ظهوره ، وفي النصيب الآخر برجع المستحق منه فيه بحصته مما استحق . واذن تستأنف القسمة : فيقسم الباقي بعد الاستحقاق ، لا فرق بين ما استحق منه وما لم يستحق ، فإن كان المستحق منه قد باع من

(٤) لا يخفى الفرق .

(٥) التزلي على الكفر ٢٧٤/٥ ، ورد المختار ١٧٤/٥ ،

التقوى الهندية ٢٢٤/٥ .

(٦) التحفة وهواشيها ٧٣/٢ .

(٧) الشرفوي على التحرير ٥٠٠/٢ ، ومطلب اولي القهى

٥٦٢/٦ .

(١) الغرشي ٤١٥/٤

(٢) نهاية المحتاج ٢٧٦/٨ ، والمغني ٥٠٩/١١

(٣) المغني ٥٠٩/١١ ، ومطلب اولي القهى ٥٦٢/٦

تنبيه :

٢٢٣ - إذا قسمت دار واحدة ، أو أرض واحدة ، بين اثنين ، فبني أحدهما في نصيبه ، ثم استحق هذا النصيب ، فبطلت القسمة ونقض البناء ، فإن الباني لا يرجع على مقاسمه بشي اتفاقا ؛ لأن هذا من مواضع قسمة الاجبار القضائي فضعف فيه معنى البيع .

أما إذا كانا دارين أو أرضين ، وأخذ كل واحدة ، ثم استحققت إحداها ، وقد بني فيها أحدها ، فإن للباني حق الرجوع على مقاسمه بنصف قيمة البناء : أما عند الامام ، فلأن هذا ليس من مواضع الاجبار القضائي ، فبرز فيه معنى البيع ، وما يتبعه من ضمان ؛ وأما عند الصاحبين فلأنه ، وإن كان موضع اجبار عندهما إذا رآه القاضي ، فإن هذا لا يتحقق إلا إذا قسم القاضي ، والمسألة مفروضة في قسمة الراضي . وهذا هو الذي اعتمده القنوري ، وقال صاحب البلبائع انه الصحيح - وإن كان منهم من يمنع الرجوع على رأي الصاحبين ، لمجرد أن هذا في الجملة موضع اجبار عندهما^(١) .

فاذا كان القاضي هو الذي أجبرهما على قسمة الدارين أو الأرضين فلا رجوع اتفاقا : أما عند الصاحبين فيبين بنفسه ؛ وأما عند الامام ، فلأنها تلتحق - بقضاء القاضي - بالدار أو الأرض الواحدة ؛ إذ كان قضاء في موضع الاجتهاد^(٢) .

٢٢٤ - ولم ينظر الشافعية إلى كون المحل للاجبار أو لغيره ، واطلقوا القول بأنه إذا تبين فساد القسمة ، وقد بني أحد المتقاسمين أو كلاهما (أو تجشم نفقات على نصيبه) فإن الحكم لا يختلف عما لو وقع ذلك بعد بيع فاسد ، إلا في أنه هنا لا يتحمل كل واحد من المتقاسمين

كلها ، وإن متفاوتا ، كما لو استحق على الشيوع أيضا ، نصف أحد النصيبين المتساويين وربع الآخر . ولكن الحنفية لا ينظرون إلى هذا ، ويطلقون القول بأن القسمة تفسخ ، لثلا يستضر المستحق بفرقة نصيبه ، أو كما يقولون في الفتاوى الهندية : « تكون القسمة فاسدة »^(١) . ولا يتعرض المالكية لاحتمال التفاوت هنا ، كما لم يتعرضوا له في المستحق من النصيبين على التعيين ، ثم يقولون : ليس لأحد من المتقاسمين أن ينقض القسمة ، لأنها سواء فيما استحق من نصيبهما ، وإنما يكون حق نقضها للمستحق نفسه ، لثلا يتفرق عليه نصيبه^(٢) .

أما الشافعية والحنابلة [فلو استمروا على منهجهم الواضح : « حيث لا تراجع تصح القسمة ، وإلا فلا »] لكان معناه أن القسمة تكون صحيحة في الباقي ، إذا تساوى البضآن المستحقان وغير صحيحة إذا تفاوتا [. وقد صرح به الشافعية واعتمدوه - وإن سكتوا عن حالة التفاوت ، وجاراهم بعض الحنابلة ، تفريعا على القول بتفريق الصفقة - فلا تنافي بين بطلان القسمة فيما استحق ، وصحتها فيما بقي ؛ ومن متمات القاعدة اعطاء الخيار لكلا الشريكين بحيث لو أثر أحدهما فسخ القسمة لكان له ذلك : لكن صاحب المهمات من الشافعية يزعم أن أكثر الشافعية هنا على عدم تفريق الصفقة ، أي على بطلان القسمة فيما استحق وفيما بقي ، وأنه المفتى به ، ويظيل في الانتصار له . وقديما جزم به الشيخ أبو إسحق ؛ لأن القصد من القسمة - هكذا قال - تمييز الحقيقتين ؛ ولم يحصل ذلك ، لشيوع ما استحق^(٣) . وهو الذي اعتمده الحنابلة^(٤) .

(١) ٢٢٤/٥ ، رد المحتار ١٧٤/٥ ، ١٧٥

(٢) الغرضي ٤١٥/٤ ، والفتحة هو اشياء ٧٤/٢ ، ومن هذا يتبين أنهم كالحنفية فافرضون ان المستحق واحد ، مع أنه ليس بلام .

(٣) المهلب للشيرازي ٢٠٩/٢ ، ٢١٠

(٤) مضي المحتاج ٤٢٥/٤ ، والاتصاف ٣٦١/١١ ، ومطالب أولى النهي ٥٦٣/٦

(٥) البدائع ٢٥/٧ ، ٢٦
(٦) الهندية ٢٢٤/٥

بوجود المستحق أم جهلوا ، كما هو مذهب المدونة - وإن كان ابن الحاجب يرى هذا الضمان على من كان يعلم ، بسبب تعديه^(٤) . ٢٢٦ - ولا يفرد الشافعية والحنابلة هذه المسألة بكلام ويكتفون بدخولها في عموم مقرراتهم التي أسلفناها في الاستحقاق^(٥) .

٢٢٧ - ب - ظهور دائن للميت ، أو موصى له بمقدار يرسل من المال : أي لم يعين الموصى التركة لأدائه . وذلك كأن قسمت التركة ، ثم ظهر ان على الميت ديناً ، يستغرق التركة أولاً يستغرقها ، أو ظهر موصى له بعدد من الدنانير أو غيرها كآلف أو الفين ، هكذا مرسله دون تقييد بمحل .

والحنفية هنا أيضاً يقضون بفساد القسمة ، لأن الدين - وفي معناه الموصى به هنا - مقدم على الارث ، ومانع من تملك الورثة التركة ولا قسمة في غير ملك - إلا اذا قضى الدين أو ضمنه الورثة [أو بعضهم بشرط ان لا يرجع في التركة^(٦)] أو غيرهم ، أو أبرأ منه الدائن ، أو اجاز القسمة ، أو كان قد بقي من التركة ما يفي بدينه ، اذا لحاجة الى فسخ القسمة حينئذ ؛ وليس للدائن أو الموصى له ان يصصر على نقض قسمة التركة ، وهو يعطى حقه من غيرها ، أو مما بقي منها بلا قسمة ؛ لان حقه ليس متعلقاً بعين التركة^(٧) بل بماليتها وما يقضي به حقه اياً ما كان . (٨)

٢٢٨ - والمالكية يوافقون الحنفية على هذا كله ؛ ولا يفرقون هنا ، كما فرقوا في^(٩) بين قيمي ومثلي .

(٤) النصفة وهو اشبهها ٧٦/٢ ، والغرضي ٤١٦/٤

(٥) أنظر ف ٢٢٢

(٦) فان شرط الرجوع فيها أو سكت فان القسمة تنقض ، لانه لم يزد على استبدال دائن بدائن (الفتاوى الهندية ٢٢٢/٥ ، الاتحاف باشباه ابن نجيم ٥٣٥ .

(٧) نظر فيه الطحاوي بان الدين يتعلق بعين التركة بعد

نمة الميت . ونقله ابن عابدين ، وسكت عنه عند المخطوطة (١٧٥)

(٨) الزيلعي على الكنز ٢٧٥/٥ والمغلبة مع فتح القدير ٣٧٦/٨

والفتاوى الهندية ٢٢٢/٥

من أرش النقصان إلا بنسبة نصيبه .^(١٠) وهذا بالرغم من أنهم يعتمدون أن في القسمة ما هو محض تمييز حقوق ، وليس من البيع في شيء [. ومثله للقاضي من الحنابلة ، ولكنهم يعتمدون أن لا رجوع إلا في قسمة التراضي ، لأنها هي التي في معنى البيع ، أما قسمة الاجبار فليست إلا تمييز حق من حق - حتى لقد قال ابن رجب في قواعده : « ان قلنا هي (أي القسمة مطلقاً) إفرار ، لم يرجع على شريكه »^(١١) .

ملحق :

ظهور دين أو إرث أو وصية :

يفرق هنا بين حالين :

٢٢٥ - أ - ظهور وارث أو موصى له بجزء

شائع من التركة : كأن قسمت التركة ثم ظهر للميت زوجة أخرى ، أو ابن من زوجة أخرى ، أو ظهر موصى له بثلث التركة أو ربعها أو سدسها .

والذي عند الحنفية في هذا ، أن القسمة ترد ، وتعتبر كأن لم تكن لفسادها بظهور شريك لم يشترك فيها بل ولم يحسب فيها حسابه . ولا يجدي فتيلاً أن يقول المتقاسمون : نحن نعطي المستحق حقه ، وتبقى القسمة - ما لم يرخص المستحق نفسه - لأن حقه متعلق بعين التركة ، فلا ينتقل عنها إلا برضاه^(١٢) .

ويوافقهم المالكية إذا كان المقسوم قيمياً ، لتفاوت الاغراض ؛ أما في جانب المثليات والنقود بخاصة فانه لا تنقض القسمة ، ويكفي أن يرجع المستحق على كل واحد من المتقاسمين بما أخذه زائداً عن حقه : ولا يؤخذ ملى عن معلوم ، ولا حاضر عن غائب ، ولا حي عن ميت - سواء علموا

(١٠) نهاية المحتاج ٢٧٦/٨

(١١) قواعد ابن رجب ص ٤١٢ ، والفتن ١١/٥١٠ ، ومطالب

اولي النهي ٥٣٢/٦

(١٢) الزيلعي على الكنز وهو اشبه ٢٧٥/٥ ، والهندية ٢٢١/٢

اما الحنفية والشافعية فقد احكموا اغلاق باب هذه الحيلة ، اذ اخنوا المقر وحده بمقتضى اقراره — ما دام قد جحد الباقون وحملوه الدين كله ان كان نصيبه يفي به ، ومثله للحنابلة إلا أنهم يحملونه حصته من الدين لا غير .

أما إذا كان عدلا وشهد مع عدل آخر ، فان المستحق يستحق الدين كله في التركة نفسها .

وكذا لو شهد وحده وهو عدل ، مع يمين الدائن عند من يقضي بشاهد ويمين ، كالمالكية والشافعية والحنابلة^(٤).

تنبيهات للحنفية :

٢٣٠ — الأول : ان الدائن الذي يظهر بعد القسمة يمكن أن يكون أحد الورثة ، إذ لا تناقض بين اقدمه على القسمة ، الذي هو في معنى الاقرار بالشركة فيما دق وجل ، وادعاء الدين الذي هو منازعة بالاختصاص ، نظرا لاختلاف المتعلق : فان متعلق الدين ليس هو صورة التركة بل ماليتها ، ومتعلق القسمة انما هو الصورة^(٥) .

نعم يكون هناك تناقض بنياني سماع الدعوى وقبول البينة ، لو ادعى عينا في التركة ، لاتحاد المتعلق حيثئذ — إلا أن تكون القسمة قسمة اجبار ، إذ ليست في معنى اقراره بالشركة ، على أن التناقض مغتفر إذا كان في موضع الخفاء : كأن ادعى ان أباه جعل له هذه العين في صغره^(٦) .

الثاني : قد يرجع الدائن بعد أن أجاز القسمة ، أو بعد أن رضي بضمان من ضمن له الدين .

وهم يرون في ابطال قسمة المثل هنا ثمرة عملية : هي ان ماتلف بسبب مساوي في يد بعض المتقاسمين لا يكون من ضمانه وحده ، بل من ضمان جميعهم . فهم هنا أكثر تشددا ، اذ يعتبرونها حالة تعدد ، ولذا يصرح بعضهم بأن الغريم هنا يأخذ المثل عن المعدم ، والحاضر عن الغائب ، والحلي عن الميت ، وبعبارة خليل : « يستوفي الغريم ممن وجد ، ثم يتراجعون »^(٧) اما الشافعية والحنابلة فيخبرون الورثة هنا بين قضاء الدين ، ونقض القسمة وبيع ما يفي بالدين او بيع التركة كلها ان لم يكن في بعضها وفاء ، لان الدين لا يمنع من الارث . فان اجاب البعض الى قضاء الدين ، وادى البعض ، بيع على الآبي نصيبه او بعضه ؛ واخذ قضاء الآخرين من حيث شاعوا .^(٨)

٢٢٩ — لكن ربما حمل سوء النية ورقة الدين او توهم البخس بعض الورثة على الاقرار لشخص ما يتواطأ معه بدين على الميت : فهل يكفي ذلك لنقض القسمة ، على ما اسلفنا من تفصيل ؟

لقد سأل سُحنون ابنَ القاسم هذا السؤال بعينه ، وبين له ما عسى يكون فيه من احتيال ؟ ولكن ابن القاسم أبى الا ان يقال للورثة : اذا حلف هذا المقر له ، ان شئتم فادفعوا اليه ما استحق — باقرار هذا مع يمينه — أنتم وهذا المقر بالدين فينفذ قسمكم والا ابطلنا القسمة واعطينا هذا دينه ، ثم قسمنا ما بقي بينكم ... فان ابى المقر الانقض القسمة ، ودفع الباقون حصصهم في الدين (المزعوم) فالقسمة ماضية ، ويبيع نصيب المقر ليو في منه قسطه في الدين ما لم يتدارك الأمر بالدفع هو الآخر^(٩) .

(١) الخريشي ٤١٥/٤ ، ٤١٦ ، والنفحة وهو اشياها ٧٦،٧٥/٢

(٢) المغني ٥١١/١١ ونهاج الطالبين بتعليق السراج ٢٢٢ وان كان عند الشافعية والحنابلة احتمالات اخرى مثل : ١ — مضاد القسمة بناء على انها محض تمييز حقوق ٢ بطلانها كبيع التركة قبل قضاء الدين في أحد الوجهين [المهذب ١/٢٠٢٧ ، ٢١٠/٢ ، وانظر : ف ١٩٢] .

(٣) المدونة ١٩٢/١٤

(٤) مجمع الزهر ٤٩٨/٤ ، والهندية ٢٢١/٥ ، والمهذب للشيرازي ٣٥١/٢ ، ولبيل الطالب ص ٣١٢

(٥) يعود فيه ماسلف للطحطاوي (ف ٢٢٧ — التطبيق ٨)

(٦) الزيلعي على التقر ٢٧٥/٥ ، رد المحتار ١٧٦،١٧٥/٥

بينهم ، نظرا لكلا الفريقين ؛ ولا يأخذ كفيلا .
أما عند الصاحبين فيأخذونه . وأما إذا كان القاضي
لا يعلم بالدين ولا بالوصية ، فانه يسأل الورثة ،
فان نفوهما ، فهذا هو الأصل ، فيصدقون
ويقسم بينهم . ثم إذا ظهر دائن أو موصى له
نقضت القسمة لأنها وقعت قبل أوانها ، على
خلاف نص القرآن الكريم : (من بعد وصية
يوصى بها أو دين) - إلا إذا زال المانع على نحو
ما سلف^(٤) .

الفصل السادس قسمة المنافع (المهايأة)

وللمهايأة بحث مستقل ، وقد رثي نشره
ملحقا بالقسمة في هذه الطبعة التمهيدية
لنماذج من البحوث ، لشديد صلته بها ،
ولتأخر موقعه في الموسوعة الكاملة المرتبة .



فلكيلا تكون القسمة على خطر النقص يلجأ
إلى الضمان بشرط براءة الأصيل ، وهو الميت
هنا ، فتكون حوالة لازمة^(١) .

الثالث : لا يؤثر ظهور وارث أو موصى له
في معناه^(٢) إذا كان القاضي هو الذي قسم ،
وعزل قدر استحقاق كل منهما - على خلاف
في الموصى له^(٣) .

الرابع : قسمة القاضي مع علمه بوجود الدين
أو ما هو في حكمه ليست على سنن القياس ،
إذ لا ملك ، ولذا فهو لا يقسم أصلا في حالة
الدين المستغرق ، والدائن غائب . وما كان
ليقسم في حالة الدين غير المستغرق لو اتبع
القياس إلى آخر الشوط ، كما قرره الامام .
ولكنه الاستحسان : إذ قلما تخلو تركة من دين
يسير ، ومن المستقيح أن توقف قسمة تركة تقدر
بالألوف من أجل دين عشرة دنانير . فيوقف
القاضي قدر المستحق لغير الورثة ، ويقسم الباقي

(١) رد المحتار ١٧٥/٥ ، والهندي ٢٢٢/٥

(٢) انظر ف ٢٢٥

(٣) الهندي ٢٢٢/٥

(٤) ف ٢٢٧ ، والزيلعي على الكز ٢٧٥/٥ ، والهندي ٢٢١/٥

ورد المحتار ١٧٥/٥

المهياة

(قسمة المنافع)

١ - وقد تسمى المهياة ، أو قسمة المهياة ، بتحقيق الهزمة وتسهيلها^(١) . وهي في أصل اللغة : مفاعلة من الهيئة ، التي هي الحالة الظاهرة للتهيؤ للشيء ، والتهايؤ : تفاعل منه . يقال هأيا فلان فلانا وتهأيا ، إذ تواضعا وتراضيا بأمر ما^(٢) .

وهذا المعنى اللغوي متحقق في قسمة المنافع التي هي معنى المهياة شرعا : لأن كل واحد فيها ، إما أن يرضى بهيئة واحدة ويختارها ، وإما أن الشريك الثاني يتنفع بالعين على الهيئة التي وقع بها انتفاع شريكه الأول^(٣) .

وفي هذا البحث أربعة فروع : ١ - مشروعاتها ٢ - متى تكون ٣ - كيفيتها ٤ - الآثار المترتبة عليها :

الفرع الأول

مشروعاتها

٢ - القياس عند الحنفية يقتضي امتناعها . لأنها مبادلة منفعة بجنسها نسبية ؛ إذ كل واحد من الشريكين يتنفع بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه^(٤) لكن ترك القياس إلى القول بجوازها استحسانا ، لما قام من دلائل مشروعاتها . إذ هذه المشروعية ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع والمقول :

أما الكتاب : فقوله عز اسمه - حكاية عن نبيه صالح يخاطب قومه : (هذه ناقة لها

(١) حكى المالكية فيها عدة لفات فراجعوا ان شئت (الفرشي وحواشيه ٤/ ٤٠٠)

(٢) وفي المصباح « تهأيا القوم تهأيا » من الهياة : جطلوا لكل واحد هيئة مطومة والمراد النوبة .

(٣) تقدم دخولها في تعريف القسمة على عمومها (ف٢٠٠) وما يمددها .

(٤) نتائج الأفكار ٨/ ٣٧٧ .

شرب ، ولكم شرب يوم معلوم)^(٥) : إذ هو يدل على جواز المهياة الزمانية بنصه - بناء على أن شرع من قبلنا شرع لنا ، ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه - وعلى جواز المهياة المكانية بدلالته : لأن هذه أشبه من المهياة الزمانية بقسمة الاعيان ، إذ كلا الشريكين يستوفى حقه في نفس الوقت ، دون تراخ عن صاحبه^(٦) .

وأما السنة :

أ - فقد جاء أن النبي صلوات الله عليه جعل في غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر ، يتهايئون في ركوبه . وهذه مهياة زمانية ، والمكانية أولى منها بالجواز ، كما علمناه .

ب - وروى أن الرجل الذي رغب في خطبة المرأة التي وهبت نفسها للنبي صلوات الله عليه حين رأى اعراض النبي ، عرض لإزاره مهرا - ولم يكن له سواه ؛ فقال صلوات الله عليه : ما تصنع بازارك ؟ ان لبستك لم يكن عليها منه شيء ، وان لبستك لم يكن عليك منه شيء - يشير إلى أن

الشأن في قسمة ما لا ينقسم ولا يحتمل الاجتماع على منفعة في وقت واحد ، أن يقسم على التهايؤ^(٧) . والذي عند الجماعة (البخاري ومسلم وأحمد وأصحاب السنن الأربعة) أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للرجل : « ان اعطيتها ازارك جلست لا ازارك ، فالتمس شيئا »^(٨) على أن ذاك الترديد ليس بمعقول في نفسه ، إذ كيف يكون الازار مشتركا بين الرجل وزوجته ، وقد أصدقها إياه ؟ إلا أن يكون على تقدير العارية أو الإباحة ، فيخرج عما نحن بسبيله .

وأما الاجماع : فليس يعرف في صحة قسمة المنافع على الجملة نزاع لأحد من أهل الفقه .

(٥) سورة الشعراء ١٥٥/

(٦) البدائع ٢٢/٧

(٧) التزييلي على الكف ٢٧٥/٥

(٨) نيل الاوطار ٦/ ١٧٠

وشجر الفاكهة يكون بينهما فيتقاسمان على نحو ما قلناه في الأرض ، ليستقل كل بما يتحصل من الثمرة في حصته أو في نوبته فلا سبيل إلى ذلك باتفاق الامام وصاحبيه ؛ لأن الثمار أعيان تمكن قسمتها بعد وجودها . وكذلك اليقر والغم وما إليهما ، لا تجوز قسمة ألبانها بطريق المهابة ، على نحو ما أسلفنا ، للمعنى ذاته^(٦).

الفرع الثاني

متى تكون ؟

٣ - تكون قسمة المنافع إذا صادفت محلها ، وتراضى عليها الشركاء ؛ أو طلبها أحدهم والقسمة العينية غير ممكنة ، أو ممكنة ولكن لم يطلبها شريك آخر ، والمنفعة غير متفاوتة تفاوتاً يعتد به^(٧).

٤ - محلها المنافع ، كما هو فرض الكلام ، أي منافع الاعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء أعيانها . فلا يصح التهاؤ على الكتابة من عبدة مثلاً^(٨) ولا على الغلات المتمثلة أعياناً بطبيعتها كالثمار واللبن ، لأن التهاؤ ، الذي هو شكل قسمة المنافع ، إنما جاز ضرورة ان المنافع أعراض سيالة ، لا تمكن قسمتها بعد وجودها لتقصيها وعدم بقائها زمانين ، فقسمت قبل وجودها بالتهاؤ في محلها . أما الاعيان التي هي غلات فتبقى وتمكن قسمتها بنواتها ، فلا حاجة إلى التهاؤ في قسمتها على ما فيه من الغرر^(٩) وسيجيء البحث في غلة الكراء^(١٠) . فالأراضي الزراعية المشتركة بين اثنين تمكن قسمتها بالمهابة : كأن يأخذ كل واحد نصفها ، أو يأخذها أحدهما كلها فترة معينة من الزمن ثم الآخر كذلك ؛ لأن هذه قسمة منافع الأرض بزراعتها . أما النخل

ولذا جاء في الفتاوى الهندية ، نقلاً عن الخانية : « رجلان تواضعا في بقرة بينهما على أن تكون عند كل واحد منهما خمسة عشر يوماً ، يحلب لبنها ، كان باطلاً ؛ ولا يحل فضل اللبن لأحدهما ، وإن جعله صاحبه في حل ، لأنه هبة المشاع فيما يقسم ، إلا أن يكون صاحب الفضل استهلك الفضل ، فإذا جعله صاحبه في حل ، كان ذلك إبراء من الضمان فيجوز . أما حال قيام الفضل فيكون هبة أو إبراء من العين ، وأنه باطل^(١١) ».

ويذكرون أن الحيلة للمهابة في الثمر أو اللبن^(١٢) أن يشتري هذا حصّة شريكه من الأصل (أي الشجر أو الحيوان) ثم يبيعه إياه كله بعد انقضاء نوبته ليبدأ ذاك نوبته ، حتى إذا انقضت باع صاحبه الأصل بدوره . وهكذا دواليك . أو يستقرض حصّة صاحبه من اللبن أو الثمر ، بأن يزن كل يوم ما يخصه ، حتى إذا انقضت نوبته استوفى صاحبه بالوزن ما كان اقترض ؛ إذ قرض المشاع جائز ، أصلاً وتأجيلاً^(١٣).

٥ - هكذا قرر الحنفية . وهو موضع وفاق من غيرهم^(١٤) ، إلا أن الشافعية والخنابلة يذكرون أن الحيلة في التهاؤ على الثمر واللبن هي الإباحة أي أن يبيع كل من الشريكين نصيبه لصاحبه

(١) الزيلعي على الكف ٢٧٥/٥

(٢) قال في مجمع التهر (٩٦/٢) : تجوز عند تعذر الاجتماع على الانتفاع . وهو صحيح في نفسه . ولكن الانتصار عليه ، والمقام مقام بيان ، يشعر بالحصص . وليس كذلك ، كما سترى .

(٣) رد المحتار ١٧٦/٥

(٤) فتح القدير ٢٨٢/٨ ، الزيلعي على الكف ٢٧٧/٥

(٥) ف ١٢ .

(٦) البدائع ٣٢/٧ ، وفتح القدير ٢٨٢/٨

(٧) ٢٢٠/٥

(٨) استفتوا من القع لبن الانسية ، لانه جار مجرى القاع اذا قيمه له . (الزيلعي على الكف ٢٧٧/٥)

(٩) فتح القدير ٢٨٢/٨ ، ورد المحتار ١٧٧/٥ ، ١٧٨

(١٠) نهاية المحتاج ٢٧٤/٨ .

القسمة ، فيجبر على التهايط فيها إذا طلبه أحد الشركاء^(٤) وكذلك العين المستأجرة التي لا يمكن الاجتماع على الانتفاع بها ، كدار لا تسع إلا سكنى أحد الشريكين^(٥).

ب - وحيث كان الأمر على العكس من ذلك : بأن اختلف الجنس كدار وأرض ، أو تفاوتت المنفعة ، كدار تقسم مهاياة ليكون بعضها حصّة للسكنى والبعض الآخر حصّة للاستغلال - فلا اجبار ، ولا سبيل إلى قسمة المهاياة إلا بالتراضي^(٦).

٧ - ثم لا فرق بعد هذا ، بين أن تكون القسمة بالمهاياة المكانية أو بالمهاياة الزمانية ؛ إذ هما مترجحان ، ولكل منهما مزيتة : فالأولى أعدل ، لوصول كل واحد إلى حقه في نفس الوقت ؛ والثانية أكمل ، لأن كل واحد يتنفع بالعين كلها . ولذا لو اختلفا في التهايط على الدار : هذا يطلب أن يسكن أحدهما في مقدمتها ، والآخر في مؤخرها ؛ وذلك يطلب أن يسكن أحدهما جميع الدار شهرا ، ثم الآخر شهرا آخر - فان القاضي لا يجيب أحدهما ، إذ لا رجحان لأحد ، وانما يأمرهما بأن يتفقا : ثم إذا اتفقا على المهاياة الزمانية أقرع بينهما لتعيين من له البداءة ؛ وان اتفقا على المهاياة المكانية ، ولكن تنازعا مكانا بعينه ، أقرع بينهما لتعيين بالقرعة لكل واحد مكانه^(٧).

٨ - والمتبادر من المجلة^(٨) ان الاجبار انما يكون في القسمة المكانية ولو كان هذا صحيحا لتعين على القاضي في النزاع الآنف ان يجيب طالبها ، ولا يلتفت إلى طالب المهاياة الزمانية .

(٤) الزلمي على الكثر ٢٧٥/٥ ومن ذلك ما في الدر المختار دار أو هاتوت بين اثنين لا يمكن قسمتها ، تشابها فيه فقال أحدهما : لا تكرر ولا انتفع ، وقال الآخر : أريد ذلك امر القاضي بالمهاياة ، ثم يقال لمن لا يريد الانتفاع : ان شئت فانتفع ، وان شئت فافلق الباب (رد المحتار ١٧٢/٥)

(٥) رد المحتار ١٧٧/٥

(٦) الغنية مع فتح القدير ٢٨٠/٨

(٧) الغنية ٢٨٠/٨ ، ورد المحتار ١٧٦/٥

(٨) م ١١٨١

مدة نوبته ؛ ويغتفر الجهل لمكان الشركة وتسامح الناس^(١).

ولا يذكر المالكية حلا [ومن أصلهم سد النزاع] ولكن يذكرون ما هو منها بسبيل . ذلك أنهم قالوا في اللبن يجوز التهايط عليه إذا كان على الفضل بين ، لأنه يخرج من باب المعاوضات إلى باب المعروف البحث : وذلك كما لو جعل لبن البقرة لأحدهما يوما وللآخر يومين^(٢).

التراضي والاجبار

٦ - قسمة المنافع أيضا تنوع إلى قسمة تراض وقسمة اجبار . وللحنفية في ذلك كلام مضطرب . ولكن الذي يستخلص أن قسمة المنافع في تنوعها هذا معتبرة بقسمة الاعيان :

أ - فحيث اتحد الجنس واتفقت المنافع : يمكن أن تكون القسمة قسمة اجبار لغلبة معنى الافراز حيثئذ - وذلك كما في قسمة دار للسكنى ، أو أرض للزراعة ، باتفاق الامام وصاحبيه ؛ أو دارين أو أرضين على رأي صاحبين إذا رأى القاضي وجه العدالة في ذلك .

واذن فاذا طلب المهاياة أحد الشريكين أجبر الآخر عليها - إلا أن يكون المحل قابلا للقسمة العينية وطلبها هذا الآخر ، فانها تقدم ، لأن فيها - مع وصول كل إلى حقه في نفس الوقت - فائدة مقصودة : هي افراز الملك وتمييزه عن ملك الغير . بل لو وقعت القسمة مهاياة بالفعل ، وكان قد سكت هذا الشريك فصحت ، ثم بدا له فعاد فطلب القسمة العينية ، فانه يجاب وتبطل قسمة المهاياة ، لما ذكرناه^(٣).

وهذا ينظم العين المشتركة التي لا تقبل

(١) مغني المحتاج ٤/٢٦٦ ، ومطالب اولى النهى ٥٥٣/٦

(٢) القراقي ٤/٩٠

(٣) نزهة الانكار ٨/٣٧٨

المعاوضة على العموم ، إذ كل واحد من الشريكين يتنفع بنصيب صاحبه أو حصته عنده لقاء انتفاع صاحبه بنصيبه أو حصته ؛ ولأن المنفعة معلومة عند القسمة ، ولا يدري أحد من المتقاسمين ما يحصل له منها وما لا يحصل ؛ ثم لأن في المهابة الزمانية خاصة غنا لمن يتأخر نوبته .

١٠ - لكن يقرر البلقيني من الشافعية أن المانع الحقيقي من دخول الاجبار في قسمة المهابة ، هو بقاء العلاقة بالشركة في العين ذاتها - ولذا فان المنافع المملوكة بغير حق ملك الذات ، كما في الاجارة والوصية ، تقبل الاجبار على قسمتها^(١) وفي نهاية المحتاج ما يفيد انه أحد وجهين في المذهب ، والوجه الآخر هو اطلاق القول بعدم الاجبار - إلا في حالة الضرورة كما سيجي^(٢) . وفي تنقيح الحامدية كلام مستدرك عن عدم الاجبار على تهايق المستأجرين^(٣) . [فلعل عند الخنفية أيضا وجهين] .

١١ - ذكر الشافعية أن الشركاء قد يأبون من قسمة المهابة فيما لا يقبل القسمة العينية ، فحيث يؤجره القاضي عليهم أو يجبرهم على ايجاره ، مدة قريية كسنة ، فان تعلم الاجار لكساد لا يرجى انقشاع غمته من قريب ، فانه يبيع عليهم . لكن ربما تعذر البيع ايضا ، وهنا يقول الزركشي : يجبرهم على المهابة إذا طلبها أحدهم . ولا يعرض عنهم إلى الصلح كما في العارية ، لأنه ضرر عام وكثير^(٤) ولأن البناء من الخنابلة نحوه ، إلا أنه لم يذكر البيع^(٥) ومعلوم موقف المالكية التمييز ومعهم موافقهم في الاجبار على البيع ، لكن بطلب أحد الشركاء^(٦) .

١٢ - وقد مضى أبو حنيفة في غير العقار

ويظهر ان الاضطراب قديم فقد جاءت عبارة ملتقى الأبحر صريحة في الاجبار على القسمة بالمهابة الزمانية . ولكن شارحه الداماد غير العبارة لثلاث يتسلط في الاجبار عليها^(١) على حين ان العلائي - وهو متأخر - ترك عبارة المتن كما هي^(٢) .

ولعل الذي أربكهم ، برغم وضوح الدلالة التي أسلفناها ونص ملتقى الأبحر ، هو ما قيل إن المهابة الزمانية على تقدير معنى القرض ، ومع أنه مجرد قيل ، فليس هو إلا محض تقدير يساق مساق الحكمة للمشاركة في زيادة الغلة كما سيجي^(٣) . وقلما يسلم . وما يزيدك ثلجا ١ - أنهم ذكروا هذا التقدير في قسمة الاجبار ، وإلا فلا مانع من التراضي على تفاوت الغلة - فهل يقع الاجبار على القرض والاستقراض . ٢ - أنهم جعلوا من الحيلة في المهابة على استغلال اللبن والتمر أن يقتصر هذا نصيب صاحبه من اللبن أو التمر ثم يستوفيه الآخر - فلو كان القرض ضربة لازب في كل مهابة زمانية لما احتاج أحد إلى مثل هذه الحيلة] .

٩ - وقد ذهب إلى قصر الاجبار على المهابة المكانية صاحب المحرر من الخنابلة حيث لا تنطوي القسمة على ضرر^(٤) . ولكن الذي اعتمده الخنابلة خلافه : وهو نفي الاجبار في قسمة المنافع كلها - قبلت العين القسمة العينية ام لم تقبلها اتفقت المنفعة ام اختلفت . وهو الذي قال به المالكية والشافعية^(٥) لأن في هذه القسمة معنى

(١) مجمع الانهر ٢/٩٦

(٢) الدر المختص ٢/٩٦

(٣) ف ١٢

(٤) الانصاف ١١/٢٤٠

(٥) الفرثي ٤/٤٠١ ومفني المحتاج ٤/٢٣٦ . وقد جرى عليه القانون المدني المصري باستثناء المهابة المكتبية التي يطلبها أحد الشركاء فضا للنفقات الى ان تتم اجراءات القسمة المبنية (الوسيط للسنيوري ٨/٨٢٣)

(٦) مفني المحتاج ٤/٢٣٦

(٧) ٢٧٢/٨

(٨) شرح المجلة للثاني ٤/١١٩

(٩) مفني المحتاج ٤/٢٣٦ ، ونهلية المحتاج ٨/٢٧٢

(١٠) الانصاف ١١/٢٤٠

(١١) قسمة ف ١٧٨ - ١٨٠

الامام في الرواية الاخرى جرى على وتيرة واحدة في غلة العقار وغير العقار ، فمنع التهاؤ في قسمتهما . وقد صرحوا بذلك في المهابة المكانية^(٦) فالزمانية أولى . وهو الذي جزم به بعض من حكى الكاساني في البدائع كلامه خلال احدى مناقشاته^(٧) واعتمده قارى الهداية في فتاويه إذ يقول : « ان السفينة (وهي ملحقة بالعقار) لا يجبر على التهاؤ فيها حملا ولا استغلا من حيث الزمان : بأن يستغلها هذا شهرا والآخر شهر ابل يؤجرانها ، والأجرة لهما »^(٨) وعليه جرى محروو المجلة ، فيما يجبري بحري السفينة : كالطاحونة والمقهى والحمام ، ولم يروا المهابة على الغلة في ذلك - إلا كملجأ أخير تدعو إليه الضرورة ، حين يرفض الشركاء التأجير^(٩).

١٤ - ومنع المهابة على الغلة - بمعنى الكراء^(١٠) - هو مذهب المالكية الذي لا يختلفون عليه ، فيما قل وكثر ؛ لأنها تتفاوت ، ويدخلها من الغرر ما يدخل كل ما لا انضباط له - حتى لقد ردوا قول محمد بن عبد الحكم : « يسهل ذلك في اليوم الواحد » ولم يعتبروه معبرا عن المذهب . نعم إذا انضبطت الغلة ، كما في حالات التسعير الجبري بواسطة السلطات الحاكمة فذاك^(١١).

الفرع الثالث

كيفية

قصة المنافع تنوع إلى نوعين : وان شئت فقل تكون باحدى صورتين :

١٥ - أ - مهابة زمانية وهي التناوب على الانتفاع بالعين المشتركة كاملة مدة معلومة من

على وتيرة واحدة ، إذ منع المهابة على الغلة^(١٢) ، وحكم بطلانها ، للمعنى الذي أسلفناه^(١٣) أعني أنها عين ، وتمكن قسمتها ، فيبقى المال المشترك دون مهابة : ثم ما يتحصل من غلته يقتسمه الشركاء بينهم . فعنده لا يصح التهاؤ على استغلال الدابة أو الدابتين والعبد أو العبد^(١٤).

ولكنه لا مراما استثنى غلة العقار ، فألحقها بالمنافع ، وجوز التهاؤ على قسمتها - فلا مانع منه في الدار الواحدة أو الدارين ، والأرض الواحدة أو الأرضين ، سواء كان التهاؤ زمانيا أم مكانيا . فاحتاج إلى الفرق بين العقار والحيوان مثلا : فوجده في كثرة الغرر في الحيوان ، لأن تعرضه للتغيرات أكثر ، ففي المهابة عليه تكون المعادلة ، التي هي من شرائط القسمة ، في مظنة الفوات ، ولا كذلك في العقار : فان الظاهر فيه بقاء التعادل القائم عند القسمة .

ثم فرق بين المهابة المكانية والمهابة الزمانية - على الاستغلال : ففي المكانية إذا زادت الغلة في نوبة أحد الشريكين عنها في نوبة الآخر لا يشتركان في الزيادة ، بل يخص من وقعت في نوبته - لقوة معنى التمييز والافراز في هذا النوع من القسمة ، بسبب اتحاد زمان استيفاء كل حقه . وفي الزمانية يشتركان في الزيادة ، لضعف هذا المعنى فيها ، بسبب تعاقب استيفاء كل حقه ، فيقدر معنى القرض ليحصل التعادل : كأن هذا أقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على أن يستوفي من نصيب الآخر في الشهر الثاني . ويقدر أن كلا منهما وكيل عن صاحبه في تأجير نصيبه فاذا استوفى المقرض قدر قرضه كان الباقي مشتركا بينهما^(١٥).

١٣ - [على أن هذا هو ظاهر الرواية^(١٦) فلعل

(٦) ايضا فتح القدير ٢٨٢/٨

(٧) ٢٢/٧

(٨) رد المحتار ١٧٧/٥ ، فلا اشكال فيه كما زعم ابن عابدين

(٩) م/ ١١٨٤

(١٠) في المصباح : الكراء (بالمد) : الاجرة

(١١) الغرشي وهو اشبه ٤/١٠٤

(١٢) اي غلة الكراء - بان يؤجر العين ويحصل الاجرة

(١٣) ر قصة ف ٢٢٤/

(١٤) فتح القدير ٢٨١/٨ - ٢٨٢ ، والهندية ٢٢١/٥ ورد

المختار ١٧٧/٥

(١٥) الزيلعي على الكفر ٢٧٧/٥

(١٦) فتح القدير ٢٨١/٨ ، ٢٨٢

والداران يمكن كذلك أن يتهايا الشريكان على أن يسكن هذا هذه وهذا هذه - وكذلك الأرضان زراعة ، والعبدان خدمة . وهذا أيضا بلا خلاف . وقد كان يتوهم في الاجبار عليه خلاف أبي حنيفة اعتبارا بقسمة الاعيان ، ولكنه - في ظاهر الرواية - نظر هنا إلى أن التفاوت في قسمة المنافع وحدها لا يتفاحش تفاحشه في قسمة الاعيان ؛ فلم يفرق هنا بين دار ودارين وأرض وأرضين ، وخدمة عبد وخدمة عبدین .

على انه في غير ظاهر الرواية مضى على أصله في قسمة الاعيان فمنع الاجبار على قسمة المنافع في الدارين والأرضين قسمة جمع ، بل روي عنه امتناع المهياة فيها باطلاق : جبرا وتراضيا : أما جبرا ، فلما علمناه ؛ وأما تراضيا ، فلأنها بيع المنفعة بجنسها نسيئة . وجواب هذا الملحظ الأخير أن القسمة ليست محض معاوضة ، فلا يجري فيها ربا النسيئة^(١).

١٧ - أما في التهايا على دابتين للركوب من

جنس واحد : كفرسين عرييتين ، يأخذ هذا واحدة والآخر الأخرى ، فأبو حنيفة - خلافا لصاحبيه الناظرين إلى قسمة الاعيان - على أصله من أن الركوب في حكم جنسين مختلفين ؛ ولذا لا يملك من استأجر دابة لركوبها أن يؤجرها للركوب ، ولو فعل لضمن ؛ فلا يمكن الاجبار على هذا التهايا . أما بالتراضي فلا بأس^(٢).

هذا تقرير مذهب الحنفية .

١٨ - ويوافقهم الشافعية والحنابلة على كيفية قسمة المنافع ، وتنوعها إلى مهاباة زمانية ومهاباة ومكانية - لا يشترط فيها بيان مدة^(٣) .

أما عند المالكية فلا بد من التحديد بمدة على كل

الزمن تتناسب في جانب كل من الشريكين أو الشركاء مع نصيبه في العين المشتركة - إلا أن يتزل عن شيء يطيب نفس منه ، كأن يتهايا الشريكان على أن يزرعا الأرض أو يسكنا الدار : هذا سنة وهذا سنة ؛ ولا مفر من هذه الكيفية في المهياة على العبد الواحد أو البيت الصغير ، وكل ما لا تنقسم عينه ؛ فيتهايا الشريكان على أن تكون لأحدهما خدمة العبد أو سكنى الدار أسبوعا أو أكثر أو أقل ، ثم للآخر كذلك . . وهكذا دواليك .

لكن الامام أبا حنيفة خلافا لصاحبيه يمنع الاجبار على التهايا في ركوب الدابة : يركبها هذا يوما مثلا وهذا يوما ؛ لفحش التفاوت النازل منزلة اختلاف الجنس بين ركوب وركوب : فرب راكب حاذق ورب آخر أخرق - والدابة حيوان أعجم لا يستطيع أن يرفض حين يساء استعماله ؛ ومن هنا فارقت العبد^(٤).

وليس هذا الفرق عند الصاحبين بالجلء الذي يظن ، فلم يلتفتا إليه^(٥).

١٦ - ب - مهياة مكانية : وهي أن يستقل كل واحد من الشريكين أو الشركاء بالانتفاع ببعض معين من المال المشترك ، مع بقاء الشركة في عين المال بحالها . ولا يشترط بيان مدة ، لأنها ليست مبادلة محضة ، بل معنى الافراز فيها أغلب^(٦) . فالدار الواحدة القابلة للقسمة ، والأرض الواحدة ، يمكن بلا خلاف أن يتهايا الشريكان فيها على أن يسكن أو يزرع أحدهما مقدمها ، والآخر مؤخرها ؛ وإذا كان في الدار علو وسفل ، أمكن أن يتهايا على أن يسكن أحدهما العلو والآخر السفل - اجبارا ؛ لأن هذا كله لا يختلف الامام وصاحبه في الاجبار على قسمته قسمة أعيان ، وقسمة المنافع معتبرة بقسمة الاعيان.

(١) فتح القدير ٢٨٠/٨ ، ٢٨١

(٢) البدائع ٣٢/٧ وفتح القدير ٢٨١/٨ ومجمع الزهر ٩٧/٢

(٣) مضمي المحتاج ٤٢٦/٤ ومطالب اولى النهى ٥٥٣/٦

(١) مجمع الزهر ٩٧/٢

(٢) فتح القدير ٢٨١/٨ ، والبدائع ٣٢/٧

(٣) نتائج الافكار ٣٧٩/٨

بالآخر - لأنه أسرع وصولا إلى الحق - فله وجه^(٥).

الفرع الرابع الآثار المترتبة على المهياة

إذا تمت قسمة المنافع على الصحة ، تربت عليها آثارها . ومن هذه الآثار :

٢٠ - أولا : عدم لزومها : بمعنى أن لكل شريك أن ينقض المهياة متى شاء . لكن هذا مشروط بشرائط ثلاث ، في ثالثتها خلاف : الشريطة الأولى : أن تكون القسمة عن تراض : فلا يملك شريك الانفراد بنقض قسمة الاجبار ، وإلا لغا معنى الاجبار فيها . فإذا اتفق الشريكان على النقص ، فهو حقهما يريان فيه ما شاءا ، ما دام الفرض انحصار الشركة فيهما . الشريطة الثانية : عدم تعلق حق أجنبي : فلو أن أحد الشريكين كان قد أجر الدار أو الأرض مثلا في نوبته ، ولم تنته مدة الاجارة بعد ، فإنه لا يملك هو ولا شريكه نقض المهياة ، رعاية لحق المستأجر^(٦).

الشريطة الثالثة : أن يكون للراجع عذر : كأن يريد بيع نصيبه ، أو القسمة العينية . أما أن يريد العودة إلى الشركة في المنافع كما كانت قبل المهياة ، فليس له حق الرجوع .

لكن هذا خلاف ظاهر الرواية ؛ وجروا عليه في المجلة^(٧) . أما ظاهر الرواية فيعطيه حق الرجوع ونقض القسمة ، سوا كان له عذر أم لا^(٨).

[ولا يغيبن عن البال أن قسمة القضاء أعدل ولا أقل من أن يكون في احتمال طلبها ما يشفع له . فقد تكون هذه هي الحكمة ، ولا يلزم اطرادها . وقد أشاروا إليه .]

٢١ - وقد أطلق الشافعية والحنابلة القول بأن

حال كما في الإجارة^(٩) وكان عياض من المالكية قد قسمها الى زمانية ومكانية ، فلم يرضوا تقسيمه ؛ وقالوا أنها لا تكون الزمانية - ولو تعدد المحل واستقل كل شريك بجانب منه . لكن الطريقة التي جرى عليها عياض ، هي طريقة ابن الحاجب وابن رشد ؛ وارتضاها خليل في توضيحه ، ويحتملها كلامه في المختصر^(١٠).

١٩ - ولكن ما مدى المدة التي تحدد بها المهياة؟ نحن نجد المالكية يمثلون بالتهايؤ على الجديخدم هذا شهرا وهذا شهرا ، أو ما يقارب الشهر ؛ وبالتهايؤ على الدار يسكنها هذا سنين وهذا سنين - أي إذا كانت تحتل هذه الآجال . فيلوح من مياقهم التفريق في طول المدة وقصرها بين العقار وغيره . ولذا يقول ابن رشد الحفيد : أنها تكون يسيره فيما ينقل ويحول : قبل الشهر ، وأكثر قليلا^(١١) على حين أن الشافعية يقولون : ولو مياومة أو مشاهرة أو سانية ، فالمسألة مسألة تراض^(١٢).

وليس للحنفية نص في المسألة عند التنازع في المدة طولا وقصرا . ولكن الرمي منهم بحث أن يفوض الأمر إلى القاضي ، ولم ير له أن يأمر الشريكين بالاتفاق ، كما إذا اختلفا : هل تكون المهياة زمانية أو مكانية ، لتساوي الاحتمالين هناك ، ولا كذلك هنا . ثم بدا له فأضاف : « وان قيل يقدم الأقل حيث لا ضرر

(١) وهو الذي جرى عليه التقنين المدني المصري : إذ شرط في المهياة الكيفية الاتزاد محتها على خمس سنين . فإن لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة اتفق عليها ، ولم يحصل اتفاق جديد ، كانت مدها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعط الشريك إلى شركائه ، قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر ، أنه لا يرغب في التجديد . وإذا استمرت خمس عشرة سنة انقضت عينية ، ما لم يتفق الشركاء على غير ذلك (م ٨٢٦ مني والوسط للسنيوري ٨/٨١٤)

(٢) الفرشي ٤/٤٠٠

(٣) بداية المجتهد ٢/٢٧٠ ، الفرشي ٤/٤٠٠

(٤) معنى المحتاج ٤/٢٦٦ .

(٥) رد المختار ٥/١٣٦

(٦) الهندية ٥/٢٣٠

(٧) م ١١٩٠

(٨) رد المختار ٥/١٧٧ ، والهندية ٥/٢٢٩

ولو أبقى أحدهما الشهر كله ، واستخدم الآخر الشهر كله ، فلا ضمان ولا أجرة ، وكان يجب أن يكون عليه نصف أجرة المثل ؛ ولو عطب أحد الخادمين في خدمة من شرط له هذا الخادم ، فلا ضمان عليه^(٨) ، وكذا المنزل لو أهدم^(٩) . وهذا الذي أشاروا إلى استدراكه - بقولهم : « وكان يجب أن يضمن نصف أجرة المثل » هو مذهب الشافعية والخابلة^(١٠) .

٢٥ - خامسا : اختصاص كل شريك بالتصرف فيما وقع له بالمهاياة : في حدود طبيعة العقد ، أي قصة المنافع ، ويصرح الحنفية بأنه ليس لأحد من الشريكين أن يحدث بناء أو ينقصه أو يفتح بابا^(١١) . ويدخل في هذا الأثر حق الاستغلال . ولكنها مسألة مهمة فنفردها بالبحث :

حق الاستغلال

٢٦ - لكل واحد من الشريكين حق استغلال ما أصاب بالمهاياة ، أي تأجيره للغير . واطلق في الهداية ثبوت هذا الحق بالمهاياة : سواء شرط في العقد أم لم يشرط - ردا على من زعم توقفه على شرطه . وعلمه بأن المنافع تحدث على ملكه ؛ فلا فرق بين انتفاعه بها بنفسه مباشرة وانتفاعه بها بطريق التأجير .

ونقصوه بالعارية ، على أصل الحنفية : من أن المنافع فيها تحدث أيضا على ملك المستعير : فانه مع ذلك لا يملك الاجارة - فان كان حذرا من رجوع المستعير ، فلم لا يكون هنا كذلك - حلرا من رجوع الشريك^(١٢) .

ولكنه نقض غير وارد بناء على أصل الشافعية وموافقيهم من أن المستعير لا يملك المنفعة ، وإنما يملك حق الانتفاع . ولذا يعرفونها بأنها : اباحة

قصة المنافع غير لازمة . [ولم يتعرضوا هنا لتعلق حق الغير . ولكن قد يخرج حكمه من أخذ الشفع بالشفعة ، بعد أن أجر المشتري الشقص : فان للشفيع أن يفسخ الاجارة ، لأن حقه أسبق^(١٣) . والمسألة طويلة الذبول فراجعها ان شئت في قواعد ابن رجب^(١٤) .] وقد ذهب ابن تيمية إلى أنها لا تكون غير لازمة إلا بعد انقضاء الدور (يعني في المهاياة الزمانية) أما في اثنائه فلا^(١٥) ولكنهم لم يلتفتوا إليه . واكتفوا بان من استوفى من المنافع شيئا لم يستوف شريكه مثله ، تكون عليه أجرة مثل حصة شريكه ، كما لو تلفت العين^(١٦) . وهذا هو مقتضى كلام عياض في المهاياة المكانية . أما المهاياة الزمانية فلازمة باتفاق المالكية : وقد علمنا أنها عندهم لا تكون إلا زمانية - فحكمها الزوم ما لم تنقض المدة كالاجارة^(١٧) .

٢٢ - ثانيا : أنها لا تنتهي بموت أحد الشريكين أو كليهما : لأنها لو انتهت لاحتاج القاضي إلى تجديدهما - لأنها تكون ، أكثر ما تكون ، فيما لا ينقسم ، ولا بد اذن أن الورثة سيطلبون اعادتها . ولو فرضناها فيما ينقسم ، فقد يطلبون اعادتها ؛ فما النقض ثم الاعادة؟^(١٨) ولم يتعرض غير الحنفية لهذه المسألة .

٢٣ - ثالثا : أنها تنتهي بتلف العين : كما لو ماتت الدابة ، أو الدابتان أو إحداهما ؛ أو انهدمت الدار ، أو الداران أو إحداهما ؛ لفوات محل القصة . وهذا ما لا يحتمل الخلف^(١٩) .

٢٤ - رابعا : أنه لا ضمان اذا أنتهت بغير فسخ : جاء في الفتاوى الهندية « إذا بناه أي مملوكين استخلفا ، فمات أحدهما أو أبقى ، انتقضت المهاياة .

(١) المصنف ٢٨٢/١

(٢) ص ٤٦

(٣) التصانيف ٢٤٠/١١

(٤) مغني المحتاج ٤٢٦/٤ ، ومطالب اولى النهي ٥٥٣/٦

(٥) الخرشى ٤٠٠/٤ ، ٤٠١

(٦) البدائع ٣٢٧/٧ ، والصفية ٣٧٨/٨

(٧) الهندية ٢٣٠/٥ ، ومغني المحتاج ٤٢٦/٤

(٨) أي على من وقع العطب في يده لانه أمين كما سيحي

(ف ٢٧)

(٩) الهندية ٢٣٠/٥ .

(١٠) مغني المحتاج ٤٢٦/٤ ، ومطالب اولى النهي ٥٥٣/٦

(١١) الهندية ٢٢٩/٥

(١٢) نتائج الافكار ٣٧٩/٨

يقولون بالضمان كالعارية (٨) — أي إن الشريك
يضمن التلف في نوبته بغير الاستعمال المعتاد ،
وان لم يفرط — كما لو كان بسرقة أو حريق .
ولهم بعض مستثنيات . فراجعها ان شئت (٩) .

الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه (١) وقد
فرق صاحب البدائع بين حالتين :

أ — حالة المهاياة المكانية : وهذه يسلم فيها
بحق الاستغلال باطلاق ، وبنفس العلة الآتفة .
ويعقب هنا قائلا : « وبه يتبين أن المهايات في
هذا النوع ليست باعارة ، لأن العارية لا تؤجر (٢) » .

ب — حالة المهاياة الزمانية : وهذه نقل فيها
روايتين :

احدهما : للقُدوري : وهي تمنع الاستغلال ،
بناء على أن هذا النوع من المهايات عارية ؛
والعارية لا تؤجر . والأخرى : للأصل : وهي
مصرحة بجواز الاستغلال وقسمة الزائد منه .
وقد حاول صرفها عن ظاهرها ، نقلا عن بعض
من تقدمه (٣) .

لكن شراح الهداية رفضوا البناء على أنها
عارية ، لمكان المعاوضة فيها (٤) .

٢٧ — سادسا : انه لضمان للنقص بالاستعمال

ففي الفتاوى الهندية : « لو عطب أحد الخادمين
في خدمة من شرط له هذا الخادم ، فلا ضمان
عليه . وكذلك المنزل لو هدم من سكني من شرط
له ، فلا ضمان . وكذلك لو احترق المنزل من
نار أوقدها فيه (أي بلا تعد) — فلا ضمان (٥) » .

وقد صرح به الشافعية إذ قالوا : ان يد كل
واحد من المتهايين يد أمانة (٦) . [وهو مقتضى
نص المالكية على أنها كالأجارة (٧)] ولكن الحنابلة

(١) الشرقاوي على التحرير ٩٠/٢ ، والمبجوري على ابن

قاسم ٩/٢

(٢) البدائع ٢٢/٧

(٣) البدائع ٢٢/٧

(٤) الفضية ٢٨٠/٨

(٥) الهندية ٢٢٠/٥

(٦) نهاية المحتاج ١٧١/٨

(٧) بلفسة السلك ٢٧٧/٢

(٨) يشبهونها بالعارية برغم أنهم يقولون — كالشافعية

(المذهب ٢٠٨/٢) — بأنها معاوضة (المفني ٥١٢/١١)

وفي هذا يقول ابن قدامة « لنا أنه بذل منافع ليأخذ

شيئا ليمره شيئا آخر اذا احتاج اليه . المفني ٥١٢/١١ .

(٩) مطالب أولى النهى ٥٥٢/٦

(مراجع البحث)

من الحديث النبوي :

- نيل الاوطار للشوكا في ط . عثمانية ١٣٥٧ هـ
- الدراية في تخريج أحاديث الهداية ط . الهند
- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث شرح الرافعي الكبير ط . القاهرة

من الفقه الحنفي :

- البدائع للكاساني ، ط شركة المطبوعات العلمية ١٣٢٧ هـ
- فتح القدير (شرح الهداية) لابن الهمام . وتكملة « نتائج الأفكار » - لقاضي زادة . ط اليمنية ١٣١٩ هـ
- العناية شرح الهداية للبابرتي ، وحاشيته لسعدي الشلبي « مطبوع بهوامش فتح القدير
- تبين الحقائق شرح كنز الدقائق . للزيلعي وحاشيته . لسعدي الشلبي ط الأميرية ١٣١٥ هـ .
- حاشية ابي السعود على شرح منلا مسكين للكنز ط (١)
- الاشباه والنظائر ، لابن نجيم وحاشية للحموي . ط دار الطباعة العامة بالاستانسة .
- الفتاوي الهندية ، وبهامشها الفتاوي الخانية . ط الأميرية .
- مجمع الأنهر شرح ملتقى الابصر ، ط عثمانية ١٣٢٧ هـ
- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار (حاشية عابدين) . ط الاميرية الكبيرة
- مجلة الأحكام العدلية . ط الكويت (ملحق المجموعة الدائمة للقوانين الكويتية) .
- شرح المجلة ، للاتاسي . ط حمص ١٣٥٢ هـ .
- اتحاف الابصار والبصائر بترتيب الاشباه والنظائر ، لمفتي الاسكندرية محمد أبو الفتاح ط .
- الوطنية بالاسكندرية .

من الفقه المالكي :

- الفواكه الدواني شرح رسالة القيرواني ، للنفراوي ، ط . البلبلي الحلبي
- شرح الخرشي على مختصر خليل ، وحاشية للمدوي . ط العامرة الشرقية ١٣١٦ هـ .
- حاشية التحفة على ابن سودة التاودي . ط ١ حجازي ١٣٥٧ هـ .

بلغة المسالك شرح أقرب المسالك للدردير (حاشية الصاوي) ط . مصطفى الحلبي (الأخيرة) .

من الفقه الشافعي :

- المذهب ، للشيرازي . ط عيسى البابي .
- نهاية المحتاج على المنهاج ، للرملّي وحواشيها . ط البابي الحلبي .
- مغني المحتاج شرح المنهاج للخطيب الترييني . ط البابي الحلبي ١٣٧٧ هـ .
- الشرقاوي على شرح التحرير ط مصطفى الحلبي ١٣٦٠ هـ .
- منهج الطلاب بحاشية البجيرمي ط التجارية ١٣٥٥ هـ .
- الحاوي للفتاوي ، للسيوطي . ط السعادة .
- الاشباه والنظائر ، للسيوطي . ط مصطفى محمد

من الفقه الحنبلي :

- المغني شرح مختصر الخرقي ، لابن قدامة . ط المنار الثانية .
- الشرح الكبير على المقنع ، لابن أبي عمر المقدسي (مطبوع مع المغني) .
- الانصاف ، ط (١) السنة المحمدية .
- تصحيح الفروع لابن مفلح ، ط (١) المنار .
- مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى ط (١) المكتب الاسلامي دمشق .
- دليل الطالب ، للشيخ مرعي بن يوسف الكرمي . ط . المكتب الاسلامي دمشق

من الفقه العام (المقارن) :

- المحلى ، لابن حزم ، ط (١) المنيرية ١٣٥٠ هـ .
- بداية المجتهد ، لابن رشد ، ط (٣) البابي الحلبي ١٣٧٩ هـ .

من المراجع القانونية :

الوسيط في شرح القانون المدني ، للدكتور عبد الرازق السنهوري

